



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DIANA MANRIQUE VALENCIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES VINCULADA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A..

RADICADO: 11001 3105 004 2020 00417 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Michael Giovanni Muñoz Tavera, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.094.916 y tarjeta profesional No. 244.839 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado 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 los apoderados de la parte actora y de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de julio de 2022. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizando con Protección S.A. y ordenó a Protección S.A. y a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de Colpensiones, Skandia S.A. y la parte actora, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS con Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a la misma a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió del afiliado, así mismo que se le reconociera y pagara la pensión de jubilación por parte de Colpensiones junto con el retroactivo e intereses

causados, a lo que resultare ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al ISS, a partir del 1° de abril de 1982; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS con la AFP Colmena hoy Protección S.A., en mayo de 1999 y posteriormente desplegó traslado horizontal en el año 2009 con Skandia S.A., sin que los asesores de éstos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el actuar de la AFP siempre fue conforme a la ley y la decisión de la demandante de afiliarse fue libre y voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituía una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo. Adicionalmente, destacó que tratándose de la pensión en el RAIS, el legislador la ligó a situaciones económicas o financieras y cambios normativos, como los producidos con la Resolución 1555 de 2010 (nuevas Tablas de Mortalidad), así como la Resolución 3099 de 2015 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (fórmulas para calcular el capital necesario que debe acreditarse en una cuenta de ahorro individual para

cubrir vitaliciamente una pensión mínima, en las modalidades de renta vitalicia y retiro programado).

Propuso las excepciones de mérito que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, traslado de aportes e innominada o genérica.

Skandia S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria sin que existiera omisión de información, toda vez que se brindó información completa, clara y veraz acerca de las ventajas, desventajas y características que contenía el RAIS, razón por la cual aducen que la demandante pudo tomar una decisión libre y voluntaria que se adaptara a sus preferencias pensionales, cumpliendo así con el deber de información que le era oponible para la fecha en que se realizó la solicitud de traslado, esto era, el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, también destacó que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general y que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de

régimen, nació a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

De igual forma, se advierte que Skandia S.A., presentó solicitud de llamamiento en garantía, con la finalidad de obtener la vinculación de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. al proceso, en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones, entre ellos la demandante, en cuyo caso el contrato de seguro provisional tuvo vigencia entre el 2008 y el 2018, precisando que como Skandia traslado a Mapfre los conceptos dinerarios - primas- para el cubrimiento de los riesgos IVM, Skandia ya no contaba con esos recursos, por lo que era necesaria la vinculación de la misma en el evento en que se condenara a devolver los aportes a Colpensiones y los gastos de administración ya que a dicha aseguradora le correspondería tal cumplimiento, especialmente el del seguro previsional.

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los demás. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que la actora se encontraba válidamente afiliada al RAIS al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento al momento de decidir libre y voluntariamente su traslado por lo que no se encontraría facultada para recibir por parte de la AFP SKANDIA S.A. los aportes, adicionalmente, alude que la

actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, por lo que era imposible tener como afiliada a la actora al RPM, ya que no solo contravendría disposiciones de carácter legal sino también del principio constitucional de la sostenibilidad financiera que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones.

Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, 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, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, indicando que no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional, en la medida en que la obligación estaba a cargo exclusivo de la administradora de pensiones que efectuó el traslado de régimen, como primera AFP que intervino en la vinculación al RAIS de la parte actora, advirtiéndole que a Skandia solo se afilió con posterioridad, por lo que la aseguradora previsional era ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado, dado que el objeto de la póliza fue amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin que en el clausulado se hubiese acordado o hubiese sido objeto del contrato, las pensiones de vejez, así como las

incidencias que ellas generaran. Propuso las excepciones de: inexistencia de obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción, innominada o genérica.

En cuanto al llamamiento en garantía se opuso al mismo, ya que el traslado con la administradora que realizó la afiliación de régimen pensional acaeció con anterioridad a las datas a partir de las cuales se petitiona la devolución de prima, por lo cual los actos contrarios a derecho ejecutados por un tercero sin los requisitos establecidos por ley, no pueden ser trasladados a su representada quien recibió de buena fe el pago de la prima, resaltando que se pretende la devolución de primas canceladas a la aseguradora previsional para los periodos bajo cobertura, por hechos en los que no fue participe, no conoció, ni intervino de forma alguna, especialmente porque sobre todo porque el contrato de seguro previsional conforme a la ley se constituía en obligatorio, en tanto en que para el cumplimiento de las obligaciones amparadas era necesario que la actora ostentara la calidad de afiliado del fondo por tanto obligada la administradora a pagar las primas, con el fin de garantizar los riesgos contratados en el seguro previsional.

Propuso las excepciones que denominó: improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de DIANA MANRIQUE VALENCIA a la AFP PROTECCIÓN S.A., suscrita el 1 de julio del 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCION S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes

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

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de $\frac{1}{4}$ de SMLMV a cargo de Protección S.A. y $\frac{1}{2}$ a cargo de Skandia en favor de la demandante.

SEPTIMO: NEGAR las pretensiones del llamamiento en garantía como quiera que prosperaron las excepciones de inexistencia de las consecuencias del asegurador frente al incumplimiento del deber de información en procedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro provisional de invalidez y sobrevivientes celebrado entre el llamado en garantía y Mapfre Seguros.

OCTAVO: CONDENAR en costas a Skandia S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de 2 de SMLMV en favor de la Mapfre S.A.

NOVENO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase de las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y tal presupuesto tampoco se encontró acreditado de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes, presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Skandia S.A., indicó que debían revocarse las condenas efectuadas en su contra ya que siempre actuó de buena fe en el traslado horizontal que hizo la demandante en forma libre, voluntaria y consiente como quedo expresado en el formulario de afiliación, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, puntualizando además que no podían prohibir el traslado horizontal y desconocían la información brindada en su momento por Colmena hoy Protección S.A. sin que fuera procedente declarar la ineficacia ni la devolución de las sumas ya que la solicitud no se cimentaba en la falta de deber de

información sino que era de tipo económico por la expectativa existente en el monto pensional de suerte que no estaba en discusión la causación del derecho, sino la afiliación la cual si era objeto de prescripción.

Adicionalmente, aludió en cuanto a la devolución de las sumas de dinero tales como rendimientos, que debía tenerse en cuenta que al no existir afiliación no había lugar a la devolución de los mismos, en cuanto a los gastos de administración precisó que durante la vinculación de la actora al fondo estuvo amparada para los riesgos IVM y las primas fueron pagadas a terceros, además que no podía pasarse por alto que tales gastos por ley fueron dispuestos para las AFP. También aludió respecto a la indexación de las sumas que estas tampoco eran procedentes especialmente si se ordenaba la devolución de los rendimientos ello contrarrestaba la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Finalmente, en cuanto a las costas a favor de Mapfre, indicó que las mismas no eran procedentes, por cuanto esta obligación estaba en cabeza de dicha aseguradora de acuerdo con el contrato de seguro por lo que era posible efectuar el llamamiento en garantía.

Colpensiones, solicitó la revocatoria de la decisión en tanto que con la decisión expedida se afectaba el principio de la relatividad jurídica ya que dicha entidad era un tercero ajeno en la relación entre la AFP y la demandante, la que producía efectos interpartes, por lo que Colpensiones no podía ser perjudicada ni favorecida, y en especial porque con esa decisión se estaba afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de 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 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, 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, 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 evidencian formularios de afiliación realizados por la actora a Colmena hoy Protección S.A., el 31 de mayo de 1999, posteriormente, a la AFP Skandia S.A., el 11 de febrero de 2009.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones y de traslado horizontal, estos 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 y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y de los rendimientos, debe tenerse en cuenta que 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 devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia 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 término 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 último 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.”

Finalmente, debe señalarse que Mapfre fue vinculada al proceso como llamada en garantía, figura que persigue que cuando se afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, de conformidad con lo expuesto en el artículo 64 del CGP, no obstante, ello no comprende la declaración de existencia o inexistencia de los contratos celebrados entre el llamante y llamado.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el llamamiento se funda en el contrato de seguro, el cual a su turno se encuentra definido por las condiciones de la póliza suscrita entre las partes, verificadas las mismas no se aprecia que dentro de los riesgos asumidos se encuentre el de devolver las primas en caso de ineficacia del traslado del régimen, razones suficientes para desestimar el llamamiento reclamado.

Así, se tiene que ante la inconformidad expresada por Skandia S.A., en relación a la imposición de costas a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., conviene recordar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida, en tanto Mapfre S.A., resultó absuelta como se explicó en precedencia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

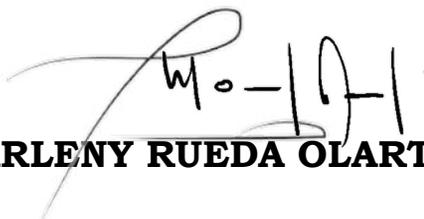
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de julio de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



Handwritten signature of Marleny Rueda Olarte, consisting of a stylized 'M' followed by 'o-|A|'.

MARLENY RUEDA OLARTE



Handwritten signature of Manuel Eduardo Serrano Baquero, consisting of a stylized 'M' followed by 'o-|A|'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA TERESA AYACARDI FONSECA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 007 2019 00436 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir, 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 9 de noviembre 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) encontrándose frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la APF., 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 el juzgador no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momentos, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo, puesto que dicha información rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 4 de febrero de 1967; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales hasta el 2 de julio de 1997, fecha en que se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., que los asesores de dicho régimen no suministraron información suficiente, clara y concisa para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 5,13, 48, 53 y 58 Constitución Política; los artículos 1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993; los artículos 1508 y 1510 del Código Civil, las sentencias de las Corte Constitucional T-818 de 2007, T-398 de 2009 y C-862 de 2008 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL-12136 de 2014, 31989 de 2008, 14055 de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles y Laborales solicitó tener en cuenta la excepción de inexistencia de la obligación en defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales y

se ordene el decreto y practica del interrogatorio de parte de la actora y se remita al proceso expediente administrativo por parte de Colpensiones.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 esté 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 nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, así mismo, pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de noviembre 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 MARÍA TERESA AYCARDI FONSECA con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 2 de julio de 1997 contenida en el formulario No.0014431.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARÍA TERESA AYCARDI FONSECA 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.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: 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.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 46106 de 2012 se tiene como válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales, las demás no serán válidas ni legítimas. Que para el momento de solicitar el traslado estaba en tiempo conforme a la Ley 797 de 2003, es decir, lo hizo en oportunidad.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna que se demostrara que se esta en presencia de algún vicio en el consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, por lo que se encuentra en un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto celebrado; precisó que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, en virtud de que la responsabilidad se encuentre exclusivamente en las AFP y la convierte objetiva, toda vez que no le exige al demandante aportar prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio en el consentimiento, cuando existen obligaciones recíprocas esto de conformidad al Decreto 2241 de 2010; en consecuencia indicó que tal decisión afectaría la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados; finalmente señaló que no comparte la condena en costas esto de conformidad al inciso 4 del artículo 48 de la Constitución Política, con

fundamento en que la entidad no participo en los actos que se declaran nulos e ineficacias, sino que es un tercero de buena fe.

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que si bien existe un precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que no se puede aplicar de manera homogénea, luego debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada proceso, situación que no se da en el presente asunto, toda vez que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria y sin presiones mediante la suscripción del formulario de afiliación, precedida de una asesoría; resalta que las características, ventajas, desventajas del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora pudo validar en cualquier momento la información suministrada; refirió que en lo referente a la condena del traslado de rendimientos el efecto natural de la declaratoria es dejar la afiliación como si nunca se hubiera surtido, luego trasladar dichos emolumentos propios del RAIS no tiene sentido, así como tampoco resulta procedente la devolución de prima de los seguros previsionales y gastos de administración de forma indexada como quiera que se estaría generando una doble actualización de la cuenta de ahorro individual.

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 Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., el 2 de julio de 1997.

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, suministró 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 debidamente indexados, 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, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, 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 el 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 procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

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 9 de noviembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

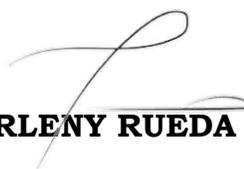
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 INES VEGA
CONTRA UNIDAD GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES
VINCULADOS HEREDEROS INDETERMINADOS**

RADICADO: 11001 3105 013 2017 00061 02

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista, en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Sandra Milena Chitiva Gómez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.019.068.039 y tarjeta profesional No. 375.324 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la parte actora 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 los apoderados de la parte actora y de la UGPP contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de agosto 2021 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia de primera instancia ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la actora en un 100% del monto de la pensión. Los recursos de apelación tienen por objeto de un lado que se otorgue el reconocimiento y pago de los intereses moratorios y de otro la revocatoria de la decisión.

En esta instancia se recibieron alegatos por parte de los apoderados de la parte actora y de la UGPP en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión en calidad de compañera permanente del señor José Jairo Cárdenas Maldonado (Q.E.P.D.), en un 100% de la misma, a partir del 6 de diciembre de 2015, junto con el pago del retroactivo pensional correspondiente, los intereses moratorios causados, a la indexación de las sumas, lo que resultare probado ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente solicitó que en el evento en que la persona que decía tener el mismo derecho

fuera reconocida como beneficiaria, se le pagara el porcentaje correspondiente con el tiempo de convivencia que se acreditara.

En sustento de sus pretensiones señaló que mediante Resolución No. 3987 del 9 de mayo de 1985, la demandada le reconoció pensión de vejez al señor José Jairo Cárdenas Maldonado, a partir del 1° de mayo de 1994; que en cumplimiento de fallo judicial la pensión le fue reliquidada mediante resolución No. 56532 del 28 de septiembre de 2012, en cuantía de \$164.436 a partir del 24 de mayo de 2003; que el señor Cárdenas Maldonado falleció el 5 de diciembre de 2015; que en radicado de fecha 5 de junio de 2002, el causante le traspasó en vida su pensión y autorizó el cobro de mesadas pensionales, siendo traspasada mediante Resolución No. 002339 del 25 de enero de 2016; que la pensión de sobrevivientes fue pagada en forma previsional hasta junio de 2016; que con la resolución No. RDP 012256 del 17 de marzo de 2016, se dejó en suspenso el traspaso provisional de la pensión, decisión que fue recurrida y en la que se puso de presente que la presunta beneficiaria Rosana Pulido Patarroyo falleció el 5 de abril de 2016, pese a ello la decisión se confirmó mediante Resoluciones RDP 021516 del 7 de junio de 2016 y RDP 024777 del 30 de junio de 2016.

Mediante auto del 30 de enero de 2017, notificado por estado el 31 del mismo mes y año, se admitió la demanda y se ordenó vincular al proceso en calidad de litisconsortes necesarios a los herederos determinados e indeterminados de la señora Rosana Pulido Patarroyo, como quiera que no había discusión frente al fallecimiento de la misma.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La curadora ad litem de los herederos indeterminados, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que dada su calidad desconocía los restantes, el fundamento fáctico y legal de la contestación radicó en que le correspondería a la actora acreditar lo aducido en la demanda y sería el juez, quien valorara y decidiera el asunto con base en lo probado. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de los presupuestos para la sustitución pensional y la genérica.

Mediante auto del 31 de julio de 2017, notificado por estado el 1° de agosto de 2017 (fl. 351 y ss.), se tuvo por no contestada la demanda por parte de la UGPP.

En audiencia adelantada el 4 de septiembre de 2019 (fl. 515 y ss.), durante la etapa de saneamiento del litigio, se dispuso dejar sin efecto el auto mediante el cual se designó curador ad litem de los herederos determinados de la señora Rosana Pulido Patarroyo y el que tuvo por contestada la demanda de los mismos, como quiera que ello no resultaba procedente ante la manifestación efectuada por la parte de no conocer la existencia de herederos determinados.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de agosto de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora INÉS VEGA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 32.001.134, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente JOSE JARIO CARDENAS MADONADO, desde el 08 de diciembre de 2015, en un porcentaje del 100% de la prestación que venía percibiendo el pensionado.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP a reconocer y pagar a favor de la demandante INÉS VEGA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 32.001.134, la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento del reseñado causante, en un porcentaje del 100% del beneficio pensional que venía recibiendo el pensionado a partir del día del fallecimiento de este, lo que ocurrió el 8 de noviembre, conforme se expuso.

TERCERO: AUTORIZAR a la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES- UGPP a realizar los descuentos por mesadas pagadas entre el 9 de noviembre de 2015 y el mes de junio de 2016, así como los descuentos por aportes al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: CONDENAR A LA UGPP a pagar el retroactivo pensional que se cause a partir del mes de julio de 2016, debidamente indexado al momento de su pago, según se expuso.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: COSTAS. En esta instancia a cargo de la UGPP, y a favor del demandante. Fíjese la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que tratándose de la compañera permanente la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L., exigía 5 años de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante como requisito para otorgar el derecho, al respecto resaltó la Resolución No. RDP 2339 el 25 de enero del 2016, a través de la cual la UGPP, le reconoció de manera provisional a la demandante la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente desde el 9 de diciembre del 2015, igualmente, mencionó que se evidenciaba que desde el año 2002, el señor Jairo Cárdenas Maldonado reconocía a la señora Inés Vega, como su esposa e incluso petitionó que en caso de que falleciera el beneficio

pensional que venía percibiendo fuera reconocido a esta, adicionalmente, de los testimonios recibidos evidenció que la pareja desplegó una convivencia por un tiempo superior al exigido.

Por otra parte, en lo que respecta a que en sede administrativa se hubiere presentado a reclamar la señora Rossana Pulido, no se allegó ningún medio probatorio a efectos de acreditar la calidad de conyugue de la misma y en gracia de discusión tampoco se acreditaron los 5 años de convivencia en cualquier tiempo. En cuanto a la prosperidad de los intereses moratorios, puntualizó que en este caso existían razones atendibles para exonerar a la UGPP teniendo en cuenta que como se advertía de las resoluciones aportadas la negativa en el reconocimiento no fue caprichosa pues esta se fundamentó en que había disputa entre los posibles beneficiarios de la prestación y si bien se había allegado registro de defunción tales dineros o mesadas podrían corresponder a los herederos.

IV. 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 sobre la viabilidad del reconocimiento de la sustitución pensional a la señora Inés Vega con ocasión del fallecimiento del señor José Jairo Cárdenas Maldonado.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que al señor José Jairo Cárdenas Maldonado, le fue reconocida pensión de

jubilación mediante Resolución No. 3987 del 9 de mayo de 1995, en cuantía inicial de \$83.279,69 a partir del 1° de mayo de 1994; ii) que posteriormente, con Resolución No. UGM 056532 del 28 de septiembre de 2012, se reliquidó la pensión elevando la cuantía de la misma a la suma de \$164.436, con efectos fiscales a partir del 24 de mayo de 2003; iii) que el señor José Jairo Cárdenas Maldonado, falleció el día 8 de diciembre de 2015; iv) que mediante Resolución No. RDP 002339 del 25 de enero del 2016, la UGPP reconoció pensión de sobrevivientes de manera provisional a favor de la señora Inés Vega, desde el 9 de diciembre del 2015, en un porcentaje del 100% de la mesada; y v) que mediante Resolución No. 012252 del 17 de marzo de 2016, la demandada suspendió el pago de la pensión de sobrevivientes de la actora, por cuanto se presentó a reclamar el derecho la señora Rosana Pulido Patarroyo.

Atendiendo 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 de la señora Sandra García, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (23 de noviembre de 2019).

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

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

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)”

De la anterior normativa se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, se tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se acredite la convivencia con él o la causante por espacio de 5 años y que la pensión sería vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tuviera más de 30 años

al momento del fallecimiento, aspectos que cumple la demandante.

Al respecto conviene recordar lo señalado por la C.S.J., S.C.L. entre otras en la sentencia No. SL1399-2018, en donde, entre otros aspectos preciso: “(...) *En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante*”, de igual forma, señaló que en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes de la muerte del causante entre un cónyuge y un compañero o compañera permanente, los beneficiarios o beneficiarias de la pensión deban ser ambos en proporción al tiempo de convivencia con aquél y tratándose de la situación del cónyuge separado de hecho, en donde su pareja conformó una nueva familia, pero mantiene su contrato matrimonial activo, la ley le daba el derecho de concurrir, junto con el compañero(a) permanente, a la proporción de la pensión de sobrevivientes en función al tiempo convivido, siempre que este no sea inferior a 5 años en cualquier tiempo.

En cuanto a la convivencia, no existe controversia en que la actora y el causante, convivieron durante los 5 años anteriores al fallecimiento del señor Cárdenas Maldonado, conforme se colige de lo expuesto principalmente por los testigos, María Bernanda Reyes Mesa, Georgina María Vélez Echeverri y Luis Pablo Pulido Sierra, quienes manifestaron conocer a la actora de vieja data por ser vecinos (Bernarda), tener comercio en el sector en que residía la pareja (Georgina) y ser amigo del

causante (Luis), que la pareja conformada por los señores José Jairo Cárdenas e Inés Vega, convivió por más de 20 años, que el señor Cárdenas Maldonado era pensionado y trabajo en el sanatorio de Agua de Dios, que la pareja Cárdenas Vega tuvo un hijo de nombre Yeison Cárdenas Vega, nunca se separaron y que fue la señora Inés quien cuidó del causante durante su enfermedad y en sus últimos días.

Lo anterior, se corrobora además con la solicitud que presentó el mismo causante ante el Subdirector de Prestaciones económicas de Cajanal, el 5 de junio de 2002, en donde designó a la demandante *“Para que en caso de mi muerte sea(n) beneficiario (s) de la pensión de jubilación que actualmente estoy gozando según Resolución No. 01732697.”*, el cual acompañó con declaración extra juicio rendida por los señores Luis Martínez y Ferly Téllez, de fecha 2 de junio de 2002, en la que indicaron que los señores José Jairo Cárdenas y la señora Inés Vega, convivían en unión libre desde hacía 18 años.

Así las cosas y contrario a lo indicado por el apoderado de la UGPP, se tiene acreditada la convivencia del causante con la señora Inés Vega, durante el tiempo de convivencia exigido.

En lo que respecta al vínculo con la señora Rosana Pulido, se evidenció que dentro del expediente administrativo allegado, obra la partida de bautismo del señor José Jairo Cárdenas expedida por la Diócesis de Girardot, en la que registra la siguiente nota marginal *“Se casó en la vicaría de Nuestra Señora del Carmen de Tocaima, el veintitrés de mayo de mil*

novecientos sesenta y dos, con Rosana Pulido. Igualmente, reposa certificado expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el que se efectuó el cambio de nombre realizado por el causante, constando en el mismo un registro en el que se estipulaba a la señora Rosana Pulido como esposa de este, resultando evidente la existencia de un vínculo matrimonial anterior, el cual incluso estaría vigente al momento del fallecimiento del causante, no obstante, lo cierto es que en este caso no se acreditó la convivencia mínima de 5 años en cualquier tiempo exigida respecto del cónyuge, por lo que el derecho pensional debe ser reconocido en un monto del 100% a la actora, tal y como se determinó en la sentencia de primera instancia.

Respecto a los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que si bien de acuerdo con lo señalado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, procede el reconocimiento de intereses moratorios como consecuencia de la mora en el pago de las mesadas pensionales, por lo que en principios estos serían procedentes dado el carácter resarcitorio y no indemnizatorio otorgado a los mismos, no puede perderse de vista que nuestro órgano de cierre en sentencia SL2609-2021, señaló que existían situaciones excepcionales y particulares que generan su no causación, precisando que *“(..)* no proceden en los eventos en que la entidad de seguridad social tenga serias dudas acerca de quién es el titular de un derecho pensional, por existir controversias entre los beneficiarios y, por ello, suspenda el trámite de reconocimiento de la prestación hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decida mediante sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho.”

Resulta claro que en este caso, el derecho se suspendió porque se presentó a reclamar la señora Rosana Pulido, figurando como cónyuge del causante en registros como los ya mencionados, situación que evidentemente daría lugar a suspender el trámite del reconocimiento, pues habría que entrar a verificar si se dio convivencia simultánea, o se trató de un cónyuge separado de hecho con convivencia anterior a efectos de establecer por ejemplo el monto a reconocer en consideración al tiempo de convivencia. Adicionalmente y aunque tampoco era objeto de discusión el fallecimiento de la señora Rosana Pulido, lo cierto es que los herederos de la misma pudieron haber reclamado el retroactivo de las mesadas, desde el fallecimiento del causante y hasta el momento del deceso de la reclamante, resultando claro que en todo caso era necesario definir el derecho previo a que se pudiera efectuar el reconocimiento a la señora Inés Vega, por lo que se procederá a conformar la decisión del a quo.

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 Primero Transitorio de Bogotá D.C., de fecha 10 de agosto de

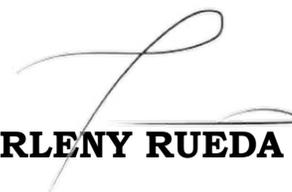
2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ELIZABETH LUGO DIAZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 021 2022 00063 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que la declaratoria de ineficacia de traslado desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, de conformidad con las sentencias C-086 de 2016 y T-422 del 2011 proferidas por la Corte Constitucional, que concluyó la importancia de analizar la escolaridad y conocimiento de un afiliado dentro del Sistema General de Pensiones, al momento en que se decidió el traslado, teniendo en cuenta las particularidades del caso.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales, se alegaron o menos resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

I. ANTECEDENTES

La señora Elizabeth Lugo Diaz, pretende se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, semanas de cotización. Sustentó sus pretensiones, en que un asesor de Colpatria S.A hoy Porvenir S.A., en su lugar de trabajo, sin que le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Constitución Política, el Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, el artículo 48 del Decreto 656 de 1994, los artículos 63 y 1746 del Código Civil, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral con radicados 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la AFP brindó información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ELIZABETH LUGO DÍAZ al régimen de ahorro individual el 13 de julio de 2022 con fecha de efectividad el 1 de agosto de 1994 por intermedio de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ELIZABETH LUGO DÍAZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES Y PORVENIR, conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con la amplia y consolidada línea jurisprudencial, que claramente constituye precedente judicial, se ha establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1452 de 2019, SL 3349 de 2021, SL 1023 y SL 1500 de 2022, entre otras, el deber de información donde se ha empezado por señalar que el traslado de régimen pensional debe ser libre y voluntario, contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe estar precedida para entenderse que hay libertad y voluntariedad en ese traslado de una información suficiente. Dicha información no puede ser libre y voluntaria cuando se desconoce la incidencia que pueda tener la decisión que se está tomando frente a sus derechos prestacionales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que la AFP no atento con la actora, sino que le dio una alternativa diferente y la demandante haciendo uso de la libertad de escogencia de régimen otorgada por la ley, escogió al fondo privado; por otro lado, señaló que frente al formulario de afiliación que se aportó no puede restársele valor probatorio, ni desconocerse, toda vez que nace en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, así como también los años de permanencia de la actora en el fondo privado y la prohibición legal de trasladarse en cualquier tiempo de conformidad a la Ley 797 de 2003; agregó que en lo referente al traslado de los gastos de administración de forma indexada, los mismos se encuentran contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en ambos regímenes, resaltando que no forman parte integral de la pensión de vejez, además de ello son de tracto sucesivo y están sujetos al fenómeno de la prescripción, por lo que declarar el traslado de tales emolumentos genera que se desconozca el principio de las restituciones mutuas y se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que la entidad no tuvo injerencia en el traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro con Solidaridad, por lo que para dicha data Colpensiones solo validó la libre escogencia de régimen, no obstante con la declaratoria de ineficacia la

entidad se ve afectada, en virtud de que tendrá que reconocer una prestación pensional en favor de la demandante, viéndose vulnerado el principio de la sostenibilidad financiera.

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 Porvenir S.A., el 24 de junio de 1994.

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, suministró 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 debidamente indexados, 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, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de octubre 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

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, positioned above the printed name.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BARBARA INES ALBARRACIN GOMEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 024 2020 00448 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de octubre de 2022.

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

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que al interior del proceso no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que la AFP Porvenir S.A., cumpliera con su deber y obligación de brindar a la actora la información de forma clara, oportuna y veraz, sobre ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el traslado que realizó la demandante con la AFP se realizó

de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como fue admitido expresamente y como además se lee del formulario de afiliación suscrito cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley.

I. ANTECEDENTES

La señora Barbara Inés Albarracín, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, los aportes que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como también las sumas adicionales que se encuentren en la cuenta individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 31 de julio 1959; que el 19 de agosto de 1987 cotizó a la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales cuando trabajo para Auto Fusa Ltda.; que en el mes de junio de 2003 se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado una información de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, los artículos 20,48 y 78 de la Constitución Política, la Ley 1328 de 2009, el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 797 de 2003, las sentencia de la Corte Suprema de Justicias con radicados 33083 de 2011, 68852 de 2019, 12136 de 2014,19447 de 2017, 4964 de 2018, 4989 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 la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible para la entidad tener a la demandante como afiliada del RPM. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, improcedente de la declaratorio de nulidad y/o ineficacia, sugerir

un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado de régimen pensional goza de completa validez, dado que se informó a la actora acerca de las características, ventajas y desventajas que componen el RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, de la prescripción frente al pago de la indemnización de perjuicios morales, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de octubre de 2022, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora BARBARA INES ALBARRACIN GOMEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, la cual fue efectiva el día 01 de junio de 2003, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora BARBARA INES ALBARRACIN GOMEZ, nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora BARBARA INES ALBARRACIN GOMEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, contados sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C, ello significa que se debe trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado con los rendimientos financieros, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto de ineficacia este recurso han debido ingresar el régimen de prima media con prestación definida conforme se explicó en la parte motiva.

CUARTO: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir a la señora BARBARA INES ALBARRACION GOMEZ, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIRS S.A.

QUINTO: DECLARAR no probadas los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.

SEPTIMO: En el evento que el caso ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES no interponga recurso de apelación en contra de la presente sentencia remitase a la sala de decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor conforme lo dispone artículo 69CPTSS.

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que le traslado efectuado por la demandante se realizó de manera libre y voluntaria y consciente con la AFP Porvenir, tal y como se expresó en los formularios suscritos cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, prueba de la libertad de afiliación; precisó que se realizó un apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen pensional, toda vez que dicha apreciación va en contravía de las sentencias C-583 de 1996 y C 086 de 2002; así como también no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen revistió de completa validez en la medida de que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondía en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes de ese momento, sin que se tuviera en cuenta las restituciones mutuas actuando la AFP como un agente oficioso; por otro lado refirió que en lo referente a los gastos de administración y sumas por seguros previsionales, los mismos tienen una destinación específica por mandato legal el cual fue cumplidamente por la

entidad, sumas que ya fueron debidamente invertidas y no se encuentran en su poder, por lo que indicó que tampoco resulta procedente la indexación en tanto se desborda los efectos de la ineficacia.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y Porvenir, los cuales tienen efectos inter partes, por lo que independientemente de la decisión, la entidad no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la misma; en virtud de que dicha declaratoria se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política; refirió de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional; señaló que en caso de que se confirme la providencia se ordene a la APF el pago de todos los perjuicios económicos generados.

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 Porvenir S.A., el 29 de abril de 2003.

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, suministró 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 debidamente indexados, 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, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, 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 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de octubre 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 MARTHA LUCIA VEJARANO DE ACOSTA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 025 2019 00270 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se condenará a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del cumplimiento de los 57 años de edad o 1300 semanas de cotización, al pago de intereses moratorios por no pago oportuno de la prestación reclamada, a la indexación de las sumas, a lo que resulta ultra y extra petita y al pago de las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones mencionó que cotizó durante 25 años; que cuando cumplió 57 años de edad solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión; que se negó el derecho por falta del total de las semanas cotizadas en las empresas que laboró; que laboró para Washington School (01/01/1989 – 30/12/1998), Liseux (01/02/1984 – 30/11/1985) y para la Gobernación del Tolima (5 años y 9 meses); que el total de años no pagados por las empresas y entidades a Colpensiones son los que le faltan para su pensión y que Colpensiones no ha realizado gestiones para el cobro coactivo de los aportes en mora de las entidades donde laboró la actora.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 7, 11, 13, 14 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 22, 23, 24, 65 y 127 del CST, los artículos 2, 5 y 22 del CPTSS, Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 797 de 1949, Decreto 1160 de 1947, Ley 171 de 1961, Ley 33 de 1985, Decreto 1421

de 1993, Decreto 2351 de 1965, Ley 50 de 1990, Ley 100 de 1993, Ley 712 de 2001 y Ley 698 de 2002.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por cuanto, no le asiste el derecho a la actora ya que no se acreditan los requisitos de la Ley 797 de 2003 y toda vez que los actos expedidos se encuentran ajustados a derecho ya que se tomaron en cuenta las semanas cotizadas y reportadas al sistema, de igual manera, refirió que al no existir razón fáctica o legal para que se reconociera la pretensión principal tampoco era de recibo que se condenara al pago de la sanción moratoria o intereses moratorios. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad sobre mesadas pensionales y otros, inexistencia de relación contractual con empleador moroso, inexistencia cobro prejudicial y calculo actuarial presuntivo, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR que la señora MARTHA LUCIA BEJARANO DE ACOSTA, cedula 38.235.622 tiene derecho a la pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición desde el día 17 de mayo de 2011, como fecha de estatus pensional, fecha en la cual había cumplido los requisitos para la misma y como fecha de efectividad el día 4 de abril de 2016, en cuantía inicial mensual de \$722.454 sobre 14 mesadas anuales y reajustes de ley conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a pagar a favor de la aquí demandante señora MARTHA LUCIA BEJARANO DE ACOSTA, la pensión de vejez a partir del 4 de abril de 2016, por concepto de retroactivo de la pensión de vejez aquí reconocida la suma de \$64.435.874,60 sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES al pago de intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo pensional los cuales a la fecha ascienden a la suma de \$9.569.544 pesos por lo motivado

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de manera parcial de las mesadas pensionales con antelación al 3 de abril de 2016, por lo motivado.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada COLPENSIONES y a favor de la demandante por la suma de \$2.500.000

SEXTO: De no ser apelada la presente decisión, se ordena enviar al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta.

Como fundamento de su decisión argumentó que atendiendo el principio de favorabilidad debió aplicarse por Colpensiones lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que contemplaba el régimen de transición, siendo que la actora contaba con mas de 35 años para el 1° de abril de 1994, precisando que para conservar el régimen de transición conforme a lo señalado en el Acto legislativo 01 de 2005, se debía contar con 750 semanas cotizadas, aspecto que no fue analizado por Colpensiones.

Adicionalmente, indicó que la actora presentó diversas peticiones a efectos de que le tuvieran en cuenta todos los tiempos cotizados, dándose respuesta por la demandada con relación a los periodos de los tiempos públicos que debían allegarse los periodos pertinentes y frente al empleador Liseux y Washington School que solo cotizó para los periodos que se reflejaban en la historial laboral por lo que debían allegarse los soportes pertinentes, acto seguido, se menciona que se verificó la historia laboral de la actora, advirtiéndole que la

demandante presentaba cotizaciones entre el 2 de abril de 1984 y el 28 de febrero de 2019, en donde no se reflejaba los tiempos servidos al sector público en la Gobernación del Tolima (13/05/1978 – 08/02/1984) ni se observaban en su totalidad los aportes de Washington School, reportándose solo 58,5 semanas existiendo inconsistencias y señalando que no se tendrían en cuenta los otros empleadores, ya que con estos era suficiente para acreditar las 750 semanas cotizadas al 22 de julio de 2005, sin que fueran de recibo los argumentos de Colpensiones teniendo en cuenta las obligaciones de cobro que la asistían conforme al art. 24 L.100/93 y art. 13 Dto. 1161/94, las que brillaban por su ausencia, razón por la que tendría en cuenta las semanas cotizadas de la entidad y empresa referida.

En consecuencia, señaló que si se acreditaban los requisitos del acto legislativo 01/2005 para conservar el régimen de transición y por tanto los requisitos de la pensión se analizaban conforme al Acuerdo 049 de 1990, en esa medida y dado que se cumplía con el requisito de las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, se ordenó el reconocimiento pensional desde el 17 de mayo de 2011, fecha en que la actora cumplió los 55 años de edad, mencionando que aunque se efectuaron cotizaciones hasta el 28 de febrero de 2019 y debía efectuarse el reconocimiento a partir de la última cotización, como las cotizaciones en este caso se continuaron efectuado por lo señalado por Colpensiones, se ordenó el reconocimiento a partir de la fecha mencionada, aunque advirtió que las mesadas anteriores al 3 de abril de 2016, se vieron afectadas por la prescripción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada sustentó el recurso de alzada y demás argumentaciones en que la decisión tuvo en cuenta una mora patronal del empleador Washington School pese a que no era posible establecerla ya que no existía obligación de realizar cobro coactivo al no existir afiliación del empleador, trayendo en sustento la sentencia SL38619-2013, en la que se indicó que si no había afiliación no había posibilidad jurídica de efectuar cobro coactivo por lo que no podía trasladarse la responsabilidad a la entidad.

Igualmente, señaló que había una diferencia entre la mora patronal y la no afiliación al sistema, por lo que no era posible indicar que debió Colpensiones desafiliar a la trabajadora cuya obligación no estaba en su cabeza y que no era posible reconocer la pensión a partir del 4 de abril de 2016, ya que cotizó hasta el 28 de febrero de 2019, dado que como lo establecía la ley era necesario el retiro del sistema de pensiones para el reconocimiento pensional ya que se debía contabilizar hasta la última semana cotizada a partir del retiro, siendo que no se podía tener las 2 condiciones como afiliada y como pensionada.

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 en el presente asunto resultaba viable el reconocimiento de la pensión de vejez de la actora de acuerdo

con las condiciones del régimen al que se encontraba afiliado con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones creado con la Ley 100 de 1993.

Para resolver resulta pertinente recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contempló el régimen de transición, señalando en lo pertinente lo siguiente *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”*

Con posterioridad, el acto legislativo 01 de 2005, estableció que *“(…) Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones”,* determinándose en el párrafo transitorio No. 4, que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los que estando en dicho régimen tuvieran 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del acto legislativo, esto es, al 22 de julio de 2005, a quienes se les mantendría el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

Precisando lo anterior y dado que la demandante nació el 17 de mayo de 1956, se tiene que la misma tenía 38 años para la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1° de abril de 1994), por lo que en principio era beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, la misma cumpliría los 55 años de edad hasta el 17 de mayo de 2011 (edad exigida en la normatividad anterior Art. 12 Dto. 758/90), por lo que para dicha data era necesario establecer si la actora aún conservaba el derecho al régimen de transición.

Sea lo primero indicar que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas actualizado al 2 de julio de 2019, se evidencia que en efecto se reportan cotizaciones entre el 2 de abril de 1984 y el 28 de febrero de 2019, para un total de 677,29 semanas cotizadas, conforme a las cuales acreditaría un total de 317,27 semanas cotizadas al 22 de julio de 2005.

De igual forma, se advierte que como documentales relevantes se allegaron formatos No. 1 (Certificado de información Laboral fl. 10), 2 (certificación salario base fl. 11), y 3B (certificación de salarios mes a mes fl. 12-14), expedidos por la Gobernación del Tolima que dan cuenta de los servicios públicos prestados entre el 13 de mayo de 1978 y el 8 de febrero de 1984 y además se indica que tales aportes se efectuaron a la Caja de Previsión Social del Tolima, servicios que fueron corroborados con la prueba por oficio decretada a la Gobernación del Tolima mediante las certificaciones allegadas en respuesta (fl. 69 y ss.), por lo que se les da pleno valor probatorio, dado que las documentales aportadas

corresponden a la prueba pertinente para el efecto, de manera que contabilizado este tiempo de servicios público se tendría que la demandante acreditaría 298,71 semanas cotizadas, las que añadidas a las 317,27 arrojaría un total de 615,98.

Así las cosas y dado que se aduce que no se efectuaron en forma completa las cotizaciones por otros empleadores, entre ellos Washington School, debe indicarse que se observa que la actora presentó diversas solicitudes a Colpensiones a efectos de obtener la corrección de la historia laboral, advirtiéndose que tal entidad en comunicación del 12 de enero de 2018, No.BZ2017_13347557-3330866, le indicó a la demandante que respecto de los empleadores Washington School e INS Lisieux Hermanas Misioneras, la petición para los ciclos 1889 hasta 1991-03 y 1984 a 1985, respectivamente debía ser elevada directamente por el empleador, y luego en comunicación del 23 de enero de 2018, No. SEM2018-0751, se puntualizó que los empleadores ya enunciados únicamente habían realizado cotizaciones en los periodos que se reflejaban en la historia laboral y que si no se estaba de acuerdo era necesario que se allegaran documentos probatorios tales como tarjetas de reseña y/o soportes de afiliación en los que se evidenciara el vinculo laboral.

Para el efecto se advierte que a folios 15 y siguientes obra aviso de entrada del trabajador al ISS, en el que se relaciona la empresa Washington School y se detalla como fecha de ingreso 1° de febrero de 1992, también se allegan constancias expedidas por la secretaria general de Washington School, que dan cuenta que la demandante se desempeñó como Directora

de Básica Primaria de aquella institución a partir de enero de 1989 hasta diciembre de 1998, así mismo, se allegaron constancias expedidas por el Instituto Psicopedagógico Emanuel Mounier, que da constancia que la demandante se desempeñó como docente de matemáticas y religión en los años 2000 y 2001 y por el instituto Liseux, en la que se indica que la demandante se desempeñó como profesora de tiempo completo desde el 1/02/1984 al 30/11/1985.

Ahora bien, verificadas las anteriores documentales y comparadas con el reporte de semanas cotizadas¹ se advierte que los periodos de aportes que se reclaman son anteriores a las fechas en que se registran cotizaciones por los empleadores (Washington y Liseux), debiéndose además señalar que se advierten 2 periodos de cotizaciones continuos frente a estos empleadores, sin que se registren periodos en



COLPENSIONES NIT 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
 PERIODO DE INFORME: Enero 1967 julio/2019
 ACTUALIZADO A: 02 julio 2019

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cedula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	17/05/1956
Número de Documento:	38235622	Fecha Afiliación:	02/04/1984
Nombre:	MARTHA LUCIA VEJARANO DE ACOSTA	Correo Electrónico:	MALUV1705@GMAIL.COM
Dirección:	CALLE 147 # 14B 20 EDIF KEOPS APTO	Ubicación:	Urbana
Estado Afiliación:	Activo Cotizante		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Ultimo Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1008214347	INSTIT LISEUX HHAS MI	02/04/1984	30/11/1984	\$14.010	34,71	0,00	0,00	34,71
1008214347	INSTIT LISEUX HHAS MI	28/02/1985	30/04/1985	\$17.790	81,00	0,00	0,00	81,00
1008237054	CEBSAR A ACOSTA Y CIA	28/11/1988	01/05/1990	\$47.370	74,14	0,00	0,00	74,14
1008201029	WASHINGTON SCHOOL	18/03/1991	30/11/1991	\$61.000	36,71	0,00	0,00	36,71
1008201029	WASHINGTON SCHOOL	28/02/1992	31/07/1992	\$78.200	22,14	0,00	0,00	22,14
83046650	REPRESENTACIONES ACO	01/03/1989	01/03/1989	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
41503581	GLADYS RAMIREZ VARGA	01/03/2000	01/03/2000	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
41503581	GLADYS RAMIREZ VARGA	01/04/2000	31/12/2000	\$324.000	38,57	0,00	0,00	38,57
41863881	GLADYS RAMIREZ VARGA	01/01/2001	30/11/2001	\$346.000	45,71	0,00	0,00	45,71
41863581	GLADYS RAMIREZ VARGA	01/03/2002	31/03/2002	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
809011348	C T A INTSERVIS	01/06/2004	30/06/2004	\$398.000	4,29	0,00	0,00	4,29
809011348	C T A INTSERVIS	01/07/2004	31/07/2004	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
38235622	MARTHA LUCIA VEJARANO	01/02/2012	31/01/2013	\$700.000	51,43	0,00	0,00	51,43
38235622	VEJARANO GÓMEZ MARTHA	01/02/2013	31/01/2014	\$360.000	51,43	0,00	0,00	51,43
38235622	VEJARANO GÓMEZ MARTHA	01/02/2014	31/01/2015	\$1.000.000	51,43	0,00	0,00	51,43
38235622	VEJARANO GÓMEZ MARTHA	01/02/2015	31/01/2016	\$1.300.000	51,43	0,00	0,00	51,43
38235622	VEJARANO DE ACOSTA M	01/03/2016	31/10/2016	\$1.000.000	38,57	0,00	0,00	38,57
38235622	VEJARANO DE ACOSTA M	01/11/2016	31/12/2016	\$689.000	8,57	0,00	0,00	8,57
38235622	VEJARANO DE ACOSTA M	01/02/2017	31/10/2017	\$738.000	38,57	0,00	0,00	38,57
38235622	VEJARANO DE ACOSTA M	01/11/2017	31/01/2018	\$1.000.000	12,86	0,00	0,00	12,86
38235622	VEJARANO DE ACOSTA M	01/02/2018	28/02/2018	\$1.200.000	8,71	0,00	0,00	8,71

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 677,29
 [11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO (INCLUIDAS EN EL CAMPO 10) TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 0,00

ceros, es decir, que evidenciaran mora, observándose incluso que respecto de Washington School, en el propio aviso de entrada allegado, se registró que el ingreso a la empresa correspondió al 1° de febrero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1992, coincidiendo esto con lo registrado en la historia laboral. Finalmente, frente al instituto pedagógico Emmanuel Mounier, no se observan cotizaciones en la historia Laboral.

En esa medida, se tiene que a efectos de acreditar los aportes desde las fechas reclamadas, debieron haberse allegado los respectivos soportes de afiliación, o los soportes de cotizaciones efectuados por el empleador y/o descuentos realizados a la trabajadora, dado que al no estar vinculada las empresas empleadoras y no aparecer los periodos que se reclaman en mora, no era posible tener certeza respecto de la certificación laboral allegada y en esa medida no le era dable al a quo contabilizar los cotizaciones que consideró de Washington School, pues conforme a lo adocinado por la C.S.J., S.C.L., en sentencias como la SL1355-2019 y SL3056-2019, se tiene que los periodos que están reportados en mora son lo que se consideran respaldados en una relación laboral.

De acuerdo con lo antes anotado y si bien en la historia laboral se aprecian 4 periodos en ceros, correspondientes a 01/03/1999 – 31/03/1999 (Representaciones Aco), 01/03/2000 – 31/03/2000 (Gladys Ramírez Varga), 01/03/2002 -31/03/2002 (Gladys Ramírez Varga) y 01/07/2004 – 31/07/2004 (Cta Intservis), se tiene que tales periodos deberían tenerse en cuenta por Colpensiones, ya que

no se advirtió que Colpensiones hubiera adelantado gestiones para su cobro, en esa medida estos periodos generarían cotizaciones por 17,14 semanas, los cuales sumadas al consolidado recaudado al 22 de julio de 2005, ascienden a 633,22, sin que en todo caso las mismas, resultaran suficientes para poder conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así mismo, debe señalarse que tampoco se cumplen los requisitos contemplados en el **artículo 33 de la Ley 100 de 1993** (Modif. art. 9 de la Ley 797 de 2003), siendo esta la normatividad vigente en la actualidad, pues de acuerdo con tal preceptiva para tener derecho a la pensión se debe haber cumplido 57 años de edad si es mujer o 62 años si es hombre y haber cotizado un mínimo de 1300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, advirtiéndose que aunque se acredita la edad, no se cuenta con el acumulado de semanas exigido en la norma.

Así las cosas, se procederá a revocar la decisión para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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:

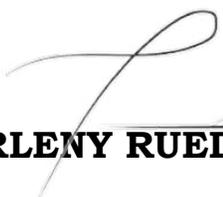
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar absolver a la demandada de las declaraciones y condenadas impuestas de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

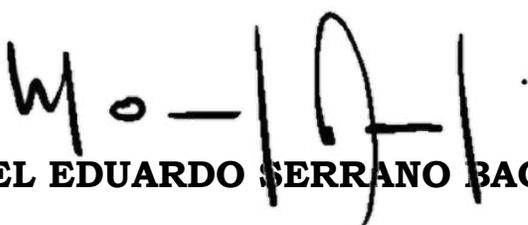
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandante.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARMEN CECILIA NOGUERA CALDERON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 026 2021 00150 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de noviembre de 2022.

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

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que las Administradora de Fondos de Pensiones, como entidades del sector financiero, han tenido desde siempre la obligación de informar de manera, clara, comprensible, adecuada, oportuna, verdadera y suficiente, sobre los productos y servicios que ofrecen; no obstante, en el presente asunto lo mismo no se dio.

COLPENSIONES., manifestó que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante 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 de régimen pensional.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que el juzgador no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondía en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes reclamados en la demanda.

I. ANTECEDENTES

La señora Carmen Cecilia Noguera Caldearon, pretende se declare nulo e ineficaz la afiliación que realizó a Protección S.A y a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la esta AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad debidamente actualizados, así como como también los rendimientos y bono pensional.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de julio de 1961; que cotizó desde diciembre de 1982 hasta 1983 al Instituto de los Seguros sociales; que luego se vinculó al Distrito Capital de Bogotá afiliando entre abril de 1989 hasta enero de 1991 a la Caja de Previsión del Distrito; que el 10 de octubre de 1997 diligenció formulario de afiliación a Protección S.A; que posteriormente se trasladó a Colmena y a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., sin que los asesores le hubieran suministrado información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993; la Ley 33 de 1985, la Ley 797 de 2003; la Circular Externa 001 de 2004, el Decreto 720 de 1994, la Ley 1329 de 2009, el Decreto 656 de 1994, el Código Civil, la sentencia de la Corte Constitucional C- 993 de 2006 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado numero 1452 de 2019, 31989 de 2008, 31314 de 2009, 12136 de 2014, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia y/o nulidad del acto jurídico de traslado de régimen, así como sus traslados horizontales posteriores, por lo que dichos actos se deben tener como válidos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen efectuado por la actora, no carece de los elementos necesarios exigidos por la ley, en razón que la actora no probó causal alguna para determinar que la afiliación con Protección S.A., fue nula o ineficaz. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda en su contra, precisó que se esta frente a un acto existente, válido exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a la AFP Horizonte hoy Porvenir, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante CARMEN CECILIA NOGUERA CALDERÓN al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de octubre de 1997, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, tal y como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN a que transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, tal y como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme 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 PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000), correspondiéndole, a cargo de cada una, el cincuenta por ciento (50%) de dichas agencias en Derecho”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. 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.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, 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 octubre de 1997.

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, suministró 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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de noviembre 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 INES ELVIRA SIERRA GALLEGO CONTRA COLFONDOS S.A., LLAMADA EN GARANTIA ALLIANZ SEGUROS, VINCULADOS PAULA ANDREA ALVIS SIERRA, MARIA CAMILA ALVIS SIERRA E IVAN MAURICIO ALVIS CANO.

RADICADO: 11001 3105 032 2017 00602 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de julio de 2021. En la decisión de primera instancia se

absolvió de las pretensiones reclamadas por la señora Inés Elvira Sierra Gallego.

En esta instancia se allegaron alegatos por las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del señor Edgar José Alvis Gómez, en consecuencia se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 1° de enero de 2016, fecha en que dejó de recibir la mesada la última de las beneficiarias, incluyendo los incrementos legales y las mesadas adicionales, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y al pago de las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el señor Edgar José Alvis Gómez, falleció el 25 de agosto de 1994; que convivió con el causante de manera interrumpida desde el matrimonio celebrado en 1985, hasta el día del fallecimiento del mismo; que se presentó a reclamar la pensión de sobrevivientes en condición de representante legal de sus hijas menores Paula Andrea y María Camila Alvis Sierra, con las que conformaba un mismo núcleo familiar, por lo que al ser María Camila la última beneficiaria dejó de percibir la pensión el 31 de diciembre de

2015; que el 21 de diciembre de 2006, se presentó ante Colfondos a solicitar su inclusión como beneficiaria de la prestación pero mediante comunicado GR-PREV-101, fue negada ante la evidencia que no vivían juntos con fundamento en el documento suscrito entre el causante y ella en el que se establecía un pacto económico para asegurar el futuro de las hijas menores precisando que se optó por tal acuerdo ya que *“(...) el causante era una persona amplia a la hora de gastar el dinero y (...) quiso asegurar el futuro de sus hijas, mediante dicho acuerdo.”*

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colseguros hoy Colfondos S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su contestación radicó en que la actora pretendía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como compañera permanente del señor Edgar José Alvis Gómez; no obstante, no se cumplía con el requisito de tiempo de convivencia exigido por las disposiciones legales y que no debía accederse al pago de intereses moratorios y costas procesales ya que actuó conforme a derecho al negar tales pretensiones, debiéndose tener en cuenta en todo caso que la demandante radicó la solicitud pensional en el año 2006, aproximadamente doce años después de la fecha de fallecimiento del afiliado y que en su momento el derecho se reclamó como representante legal de sus menores hijas, otorgándose por más de 14 años.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, innominada o genérica, prescripción y caducidad, imposibilidad de imponer simultáneamente condena por indexación e intereses moratorios y compensación y pago.

Mediante auto de fecha 4 de abril de 2018, notificado por estado el 5 del mismo mes y año, se aceptó el llamamiento en garantía realizado por Colfondos S.A. frente a Allianz Seguros de Vida S.A., con la finalidad que en el evento en que se llegara a proferir una sentencia que condenara a reconocer la pensión de sobrevivientes derivada de un siniestro en vigencia de la póliza previsional se condenara a Allianz a pagar la suma adicional faltante en la cuantía que se requiriera para completar el capital necesario para financiar el pago de la pensión de sobrevivientes.

Allianz Seguros de Vida S.A., contestó la demanda indicada que ni aceptaba ni se oponía a las pretensiones por cuanto no estaba en cabeza suya como aseguradora el reconocimiento pensional. En cuanto al llamamiento en garantía adujo que se oponía al mismo ya que no había lugar a tal pago porque cumplió con sus obligaciones derivadas de la póliza suscrita con la AFP, ya que giró a esa entidad el valor adicional para completar el capital necesario a fin de reconocer el pago de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios directos del causante. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, prescripción, carencia de derecho, cobro de lo no debido, no puede indemnizarse dos

veces por un mismo siniestro, pago, compensación, buena fe y genérica.

En audiencia adelantada el 19 de marzo de 2019, se ordenó la vinculación de los señores Paula Andrea Alvis Sierra, María Camila Alvis Sierra e Iván Mauricio Alvis Cano, como litisconsortes necesarios, los cuales contestaron la demanda mediante escrito visible a folio 274 y ss. allanándose a los hechos y pretensiones de la demanda.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de julio de 2021, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de Inexistencia de la Obligación, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada COLFONDOS S.A. y a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora INÉS ELVIRA SIERRA GALLEGO.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante y a favor de la demandada COLFONDOS S.A., tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a cuatro (04) smlmv.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que en este caso la prestación debía analizarse bajo los supuestos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 original, debiéndose demostrar dos años de convivencia continuos con anterioridad de la muerte salvo que se hubieren procreado hijos con el causante, sin que en este caso existiera discusión respecto a que el derecho se dejó

causado ya que en su momento la pensión le fue reconocida a los menores hijos, de modo que la discusión solo se presenta respecto de la condición de beneficiaria de la actora.

Al respecto resaltó que si bien la actora y el causante contrajeron matrimonio en la iglesia de las estrellas en las vegas, el 3 de agosto de 1985, siendo registrado en Colombia hasta el 2 de junio de 2021, en todo caso no podía pasar desapercibido el hecho que el señor Edgar José Alvis Gómez, había contraído matrimonio católico previo con la señora Alicia Cano y apreciado el registro civil de nacimiento del causante estaba la nota marginal del vínculo y la separación de cuerpos lo que no disolvía el matrimonio, por lo que la unión celebrada por la actora y el causante no era válida y por tanto habría que analizarse el derecho en calidad de compañera permanente.

Precisado lo anterior y luego de la valoración probatoria concluyó que si bien de los testimonios recepcionados se podría acreditar que la señora Inés Elvira Sierra y el señor Edgar José Alvis Gómez convivieron, lo cierto era que para la época del fallecimiento esa convivencia no existía más allá de la atención de las hijas por las obligaciones que les asistían como padres, razones que condujeron a desestimar las pretensiones reclamadas.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala

estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si en este caso era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el señor Edgar José Alvis Gómez, falleció el 25 de agosto de 1994; ii) que el mismo dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y iii) que el referido causante cuando contrajo matrimonio con la señora Inés Elvira Sierra Gallego, presentaba vínculo matrimonial anterior al contraído con la actora, de conformidad con las documentales allegadas al proceso y no tratarse de hechos controvertidos por las partes.

Atendiendo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993, en su contenido original, toda vez que la muerte del señor Edgar José Alvis Gómez, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (25 de agosto de 1994).

Así, se tiene que el **artículo 73 de la Ley 100 de 1993**, establece que los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el RAIS, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48 de la misma ley, en ese orden y como no existe discusión que el derecho se dejó causado ya que en su momento este fue otorgado a los hijos menores del señor Alvis Gómez, se prescinde de tal análisis.

A su turno, el **artículo 74 de la Ley 100 de 1993**, consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“ARTÍCULO 74. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

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 dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo, que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;

Por su parte la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL4099-2017, dilucidó los presupuestos para ser beneficiario de la pensión en comento, señalando que el parámetro esencial para determinar quién era el legítimo beneficiario de la pensión de sobrevivientes era la convivencia efectiva, real y material entre la pareja, y no tanto la naturaleza jurídica del vínculo sostenido, precisando que la procreación de hijos no suplía el requisito de la convivencia efectiva en el momento de la muerte, sino que excusaba el término mínimo de dos años continuos con anterioridad a ese suceso, razones por las cuales para este caso en específico era indiferente el vínculo sostenido siendo que en todo caso debía acreditarse la convivencia efectiva entre la pareja al momento del deceso.

Hechas las anteriores aclaraciones, se procede a analizar si en este caso se acredita la convivencia efectiva para el 25 de agosto de 1994, puesto que la procreación de hijos con el causante estaba demostrada como podía colegirse con la existencia de Paula Andrea y María Camila Alvis Sierra, vinculadas a este proceso.

En esa medida habría que señalar que la demandante en el interrogatorio de parte rendido reiteró lo expuesto en la demanda y los testimonios rendidos reflejan las conclusiones a las que llegó el a quo, esto era, que en efecto existió una convivencia entre la señora Inés Elvira Sierra Gallego y el señor Edgar José Alvis Gómez, no obstante, no existió una convivencia efectiva hasta el momento del fallecimiento, conforme se colige especialmente de lo expuesto por Sandra Viviana Alvis Cano (hija mayor del causante), quien refirió que a principios del año 1992, su padre le pidió que lo acompañara a una reunión, ya que lo habían citado a una comisaría de familia y que en virtud de ello se suscribió con la actora acuerdo económico para las obligaciones con sus hijas, ya que su padre no convivía con la señora Sierra Gallego.

En este punto, conviene destacar que en el expediente administrativo archivo 6907701 obra “DOCUMENTO QUE CONSIGNA ACUERDO ENTRE PADRE Y MADRE CON RESPECTO A LOS APORTES ECONÓMICOS PARA LA EDUCACIÓN - CRIANZA Y ESTABLECIMIENTO DE SUS HIJOS MENORES COMUNES Y LO RELATIVO AL CUIDADO PERSONAL DE DICHOS MENORES”, suscrito entre el causante y la demandante, el 8 de agosto de 1992, en el que se efectúan los siguientes acuerdos:

Est. Doris Rodríguez

DOCUMENTO QUE CONSIGNA ACUERDO ENTRE PADRE Y MADRE CON RESPECTO A LOS APORTES ECONÓMICOS PARA LA EDUCACIÓN - CRIANZA Y ESTABLECIMIENTO DE SUS HIJOS MENORES COMUNES Y LO RELATIVO AL CUIDADO PERSONAL DE DICHOS HIJOS MENORES.

NOSOTROS : EDGAR JOSE ALVIS GOMEZ mayor de edad, domiciliado y residente en SANTAFE DE BOGOTA D.C. identificado con CC # 19'205.338 expedida en BOGOTA e INES ELVIRA SIERRA GALLEGO, también mayor de edad domiciliada y residente en SANTAFE DE BOGOTA identificada con CC # 24'328.937 expedida en Manizales (CALDAS) obrando en nuestra calidad de padre y madre legítimos de nuestros hijos menores comunes : PAULA ANDREA ALVIS SIERRA quien tiene actualmente cinco años y medio de edad, MARIA CAMILA ALVIS SIERRA quien tiene actualmente un año y medio de edad, hemos convenido de comun acuerdo y de consumo lo siguiente :

PRIMERO : Que en cuanto al cuidado personal y contribución económica para la educación, crianza, establecimiento de nuestras hijas menores comunes, acatamos lo establecido al respecto en el código civil vigente y en el estatuto del menor y demás normas vigentes actualmente.

SEGUNDO : Que de manera especial y sin desconocer lo que la ley establezca al respecto han acordado que el señor EDGAR JOSE ALVIS GOMEZ padre legitimo de las menores mencionadas, pasara mensual- mente la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) apartir de la firma del presente documento, para la educacion, crianza y es- tablecimiento de dichas menores e hijas comunes, quedando pen- diente los reajustes que señale la ley. Dicha suma de dinero la entregara en efectivo a la señora : INES ELVIRA SIERRA GALLEGO madre de dichas menores.

TERCERO : Que el cuidado personal de dichas hijas menores y comunes, correspondera ala madre tal como lo ha dispuesto la ley desde 1983.

CUARTO : Que el señor EDGAR JOSE ALVIS GOMEZ, en su calidad de padre legitimo de los menores mencionados, tendra derecho a verlos, visitarlos y compartir con ellos cuando lo estime conveniente y dentro de los limites señalados en la ley.

La anterior documental, es relevante por cuanto da cuenta de la relación sostenida para el momento por la actora y el causante, siendo factible concluir varios aspectos, entre ellos, que la relación estaba fracturada y no existía convivencia, ya que de lo contrario, no se establecería el valor de una cuota económica para el sostenimiento de las menores hijas, si aún se conviviera bajo un mismo techo, ni se establecería que el cuidado personal de las mismas estaría a cargo de la madre y mucho menos se indicaría que el padre tendría derecho a ver y visitar a sus hijas.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, por lo que 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 Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 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 CARLOS
EDUARDO GIL LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 032 2020 00397 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Diana Johanna Buitrago Ruge, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.019.025.170 y tarjeta profesional No. 226.864 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 grado jurisdiccional de consulta concedido respecto a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de noviembre de 2021. La sentencia de primera instancia declaró probada la excepción de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional y absolviendo a la demandada de todas las pretensiones presentadas.

En esta instancia se recibieron alegatos por parte de Colpensiones en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión que recibía su cónyuge Sandra García y su inclusión en nómina de pensionados, en consecuencia, solicita el pago de las mesadas pensionales causadas desde la fecha de fallecimiento de la misma, esto es, desde el 23 de noviembre de 2019, junto al pago de intereses moratorios desde el 16 de febrero de 2020.

En sustento de sus pretensiones señaló que contrajo matrimonio católico con la señora Sandra García, el 1° de noviembre de 1986, vínculo que se mantuvo hasta el deceso; que de dicha unión se procrearon 3 hijos de nombres Jessica Patricia, Jennifer Alejandra y Juan Carlos; que compartieron techo, lecho y mesa durante 27 años; que disolvieron y

liquidaron la sociedad conyugal el 14 de mayo de 2014, no obstante, el vínculo afectivo, de solidaridad y de ayuda mutua permaneció vigente hasta el fallecimiento resaltando que no se divorciaron ni contrajeron nuevas nupcias y tampoco tuvieron nuevas parejas, así como señaló que nunca desamparó a hijo y esposa incluso después de su separación de hecho continuó velando por el bienestar económico de su familia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la entidad efectuó investigación administrativa para acreditar la condición de beneficiario del actor, encontrando no acreditada la misma siendo que los señores Carlos Eduardo Gil y Sandra García convivieron desde noviembre de 1986 hasta mayo de 2014, fecha en que se dio su separación conforme lo indicaron los familiares.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción, inexistencia del derecho de intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominadas o genéricas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de Inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante CARLOS EDUARDO GIL LÓPEZ.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que si bien la C.S.J., S.C.L., había emitido algunas decisiones en las que se hacía referencia a la convivencia durante los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, debía tenerse en cuenta que la Corte Constitucional se había pronunciado señalando que el requisito de los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento aplicaba tanto para un afiliado como para un pensionado, tal y como se había señalado en Sentencia SU 149-2021, en esa medida concluyó que en el caso bajo análisis el actor no convivió con la causante en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, siendo que conforme a la prueba testimonial recaudada la separación entre la pareja acaeció en febrero de 2014 y toda vez que el fallecimiento de la señora Sandra García, ocurrió el 23 de noviembre 2019, no resultaba viable el reconocimiento pensional reclamado.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala

estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento de la sustitución pensional al Señor Carlos Eduardo Gil López con ocasión del fallecimiento de la Señora Sandra García.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos i) que el demandante y la señora Sandra García contrajeron matrimonio católico el 1° de noviembre de 1986; ii) que el actor y la causante efectuaron disolución y liquidación de su sociedad conyugal el 22 de mayo de 2014; iii) que la señora Sandra García falleció el 23 de noviembre de 2019 y iv) que la pareja conformada por los señores Sandra García y Carlos Eduardo Gil, convivió durante el periodo comprendido entre noviembre de 1986 hasta febrero de 2014, tal y como se desprende de las documentales allegadas y pruebas practicadas en el proceso y por tratarse de hechos aceptados por las partes.

Atendiendo 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 de la señora Sandra García, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (23 de noviembre de 2019).

Así, se tiene que el **artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), establece que los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes contemplando en el numeral 2° 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, aspecto este frente al que no existe controversia.

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

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

(...)”

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 de sobrevivientes cuando se acredite la convivencia con él o la causante por espacio de 5 años y que la pensión sería vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tuviera más de 30 años al momento del fallecimiento, aspectos que cumple el demandante siendo que nació el 24 de junio de 1963.

En este punto conviene recordar que si bien la Corte Constitucional en sentencia SU-149 de 2021, señaló que “(...) *La distinción introducida por la Corte Suprema de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia.*”, lo cierto es que tal regla no se contrapone a que el tiempo mínimo de convivencia de 5 años en el caso del cónyuge pueda acreditarse en cualquier tiempo, tal y como se ha establecido en diversos pronunciamientos, entre ellos, SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017.

Al respecto conviene recordar lo señalado por la C.S.J., S.C.L. entre otras en la sentencia No. SL1399-2018, indicó: “(...) *En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.*”, debiendo señalar que frente a esta última expresión “*que el vínculo se mantenga intacto*”, resulta indispensable tener en cuenta lo expuesto por nuestro órgano de cierre, en sentencia SL3251-2021, en donde se precisó:

“(...)

En este punto, se hace necesario advertir que si bien la sociedad conyugal constituye el régimen patrimonial del matrimonio y nace de él, su disolución y liquidación no pone fin al vínculo matrimonial, como equivocadamente lo entiende la recurrente, pues aquel continúa vigente hasta tanto se declare su nulidad o se presente una de las causas de disolución previstas en el art. 152 del CC, norma que establece que el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado,

mientras que el religioso por el decreto de la cesación de sus efectos civiles y, además, por los cánones y normas correspondientes al ordenamiento religioso. En este asunto, la única de esas causales que se evidencia probatoriamente, es la muerte de uno de los cónyuges.

(...)”

Adicionalmente, la misma corporación en sentencia SL2257-2022, puntualizó *“(...) ha enseñado la Sala que el cónyuge separado (a) de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no tiene como carga demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia legal prevista en el inciso 3.º del literal b) antes transcrito. Así lo han previsto, entre otras decisiones, las sentencias CSJ SL966-2021 y CSJ SL359-2021 (...)*”.

Así, se tiene entonces que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que se efectuó por los señores Sandra García y Carlos Eduardo Gil, el 22 de mayo de 2014, no ponía fin al vínculo matrimonial entre estos, de suerte que el mismo se encontraba vigente a la fecha del fallecimiento de la señora Sandra García, especialmente cuando no existe anotación o registro sobre la cesación de efectos civiles del matrimonio contraído.

En cuanto a la convivencia, no existe controversia en que el actor y la causante, convivieron por espacio superior a 5 años durante el vínculo matrimonial, conforme se colige de lo expuesto en los testimonios rendidos por Jessica Patricia Gil García y Jennifer Alejandra Gil García, así como de lo expuesto en el informe técnico de investigación sobre convivencia realizado por Consinte Ltda. para Colpensiones, en

donde se estipuló: *“De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se estableció que la señora Sandra García y el señor Carlos Eduardo Gil López, convivieron desde el 01 de noviembre de 1986, año de su matrimonio, hasta el año 2014 (no confirma fecha), año en el que se lleva a cabo su separación.”*

En ese orden de ideas, se tiene que resultaba clara la convivencia por espacio de más de 27 años, debiéndose en este punto reiterar que tratándose del cónyuge supérstite se exige la convivencia continua de 5 años en cualquier tiempo, siempre y cuando el vínculo matrimonial permaneciera intacto, aspectos que se cumplen en este caso y que conducen a revocar la decisión del a quo, para proceder al reconocimiento pensional.

Así las cosas, se procederá a establecer el valor de la primera mesada pensional, la cual se reconocerá en 13 mesadas anuales como quiera que la prestación se causó con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y con los incrementos legales a que haya lugar, debiéndose precisar que para ello se considerarán 1308 semanas cotizadas conforme se establece en los actos administrativos expedidos por Colpensiones, debiéndose precisar que si bien en el reporte de semanas cotizadas actualizado al 13 de enero de 2020, obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones se registra un acumulado de 1296 semanas, tal situación obedeció al registro realizado para los periodos de septiembre, octubre y noviembre de 2019 *“Deuda por no pago del subsidio del Estado”* conforme puede evidenciarse en el

detalle de los pagos contemplado en el reporte se semanas cotizadas mencionadas, de suerte que al ser tales periodos reconocidos se generarían las semanas faltantes para las 1308 semanas reconocidas por Colpensiones.

Así, se solicitó apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la pensión, determinando lo siguiente:

Cálculo Toda la vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1989	91	4,580	100,00	21,834	\$ 41.040,00	\$ 896.069,87	\$ 2.718.078,60	
1990	245	5,780	100,00	17,301	\$ 49.874,13	\$ 862.874,30	\$ 7.046.806,81	
1991	122	7,650	100,00	13,072	\$ 67.364,26	\$ 880.578,59	\$ 3.581.019,61	
1992	60	9,700	100,00	10,309	\$ 70.260,00	\$ 724.329,90	\$ 1.448.659,79	
1993	270	12,140	100,00	8,237	\$ 136.290,00	\$ 1.122.652,39	\$ 10.103.871,50	
1994	365	14,890	100,00	6,716	\$ 245.885,83	\$ 1.651.348,78	\$ 20.091.410,12	
1995	360	18,250	100,00	5,479	\$ 371.500,00	\$ 2.035.616,44	\$ 24.427.397,26	
1996	360	21,800	100,00	4,587	\$ 453.500,00	\$ 2.080.275,23	\$ 24.963.302,75	
1997	360	26,520	100,00	3,771	\$ 531.833,33	\$ 2.005.404,73	\$ 24.064.856,71	
1998	360	31,210	100,00	3,204	\$ 688.416,67	\$ 2.205.756,70	\$ 26.469.080,42	
1999	360	36,420	100,00	2,746	\$ 710.583,33	\$ 1.951.079,99	\$ 23.412.959,91	
2000	318	39,790	100,00	2,513	\$ 632.747,74	\$ 1.590.217,98	\$ 16.856.310,63	
2001	360	43,270	100,00	2,311	\$ 677.916,67	\$ 1.566.712,89	\$ 18.800.554,66	
2002	360	46,580	100,00	2,147	\$ 860.083,33	\$ 1.846.464,86	\$ 22.157.578,36	
2003	360	49,830	100,00	2,007	\$ 980.750,00	\$ 1.968.191,85	\$ 23.618.302,23	
2004	360	53,070	100,00	1,884	\$ 1.011.250,00	\$ 1.905.502,17	\$ 22.866.026,00	
2005	360	55,990	100,00	1,786	\$ 1.039.666,67	\$ 1.856.879,20	\$ 22.282.550,46	
2006	360	58,700	100,00	1,704	\$ 1.144.250,00	\$ 1.949.318,57	\$ 23.391.822,83	
2007	360	61,330	100,00	1,631	\$ 1.204.666,67	\$ 1.964.237,19	\$ 23.570.846,24	
2008	220	64,820	100,00	1,543	\$ 690.727,27	\$ 1.065.608,26	\$ 7.814.460,56	
2009	270	69,800	100,00	1,433	\$ 497.000,00	\$ 712.034,38	\$ 6.408.309,46	
2010	240	71,200	100,00	1,404	\$ 512.750,00	\$ 720.154,49	\$ 5.761.235,96	
2011	270	73,450	100,00	1,361	\$ 535.600,00	\$ 729.203,54	\$ 6.562.831,86	
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 564.108,33	\$ 740.396,81	\$ 8.884.761,78	
2013	337	78,050	100,00	1,281	\$ 582.973,29	\$ 746.922,86	\$ 8.390.433,48	
2014	137	79,560	100,00	1,257	\$ 586.087,59	\$ 736.661,13	\$ 3.364.085,81	
2015	247	82,470	100,00	1,213	\$ 612.366,40	\$ 742.532,31	\$ 6.113.516,03	
2016	300	88,050	100,00	1,136	\$ 684.944,50	\$ 777.904,03	\$ 7.779.040,32	
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 733.695,17	\$ 787.987,51	\$ 9.455.850,07	
2018	330	96,920	100,00	1,032	\$ 777.285,18	\$ 801.986,36	\$ 8.821.849,98	
2019	324	100,000	100,00	1,000	\$ 823.775,81	\$ 823.775,81	\$ 8.896.778,80	
Total días	9186	Total devengado actualizado a:				2019	\$ 430.124.588,98	
Total semanas	1312,29	Ingreso Base Liquidación				\$ 1.404.717,80		
Total Años	21,82	Porcentaje aplicado				64,65%		
		Primera mesada				\$ 908.176,17		
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2019	\$ 828.116,00	

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
24/11/19	31/12/19	3,18%	\$ 908.176,00	2,23	\$ 2.028.259,7
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 942.687,00	13,00	\$ 12.254.931,0
01/01/21	30/11/21	1,61%	\$ 957.864,00	12,00	\$ 11.494.368,0
Total retroactivo					\$ 25.777.558,73

Ahora bien, se analizara la excepción de prescripción formulada por la demandada, así tenemos que verificado el expediente administrativo allegado por Colpensiones se advierte que en el mismo reposa la Resolución SUB 32841 del 4 de febrero de 2020, en la que se resuelve una petición sobre pensión de sobrevivientes, presentada por el actor el 16 de diciembre de 2019 y toda vez que la demanda se presentó el 23 de noviembre de 2020, se tiene que las mesadas pensionales no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Respecto a los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2609-2021, radicación No. 80573, señaló:

“(...)

Esta Corte en sentencia CSJ SL14528- 2014, recordó que conforme a la doctrina tradicional de esta Sala4, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones –dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio-.

(...)”

De conformidad con el precedente transcrito, y toda vez que en el presente asunto, mediante Resolución No. SUB 32841 del 4 de febrero de 2020, Colpensiones negó el derecho al actor al considerar que no acreditaba el requisito de convivencia en los

5 años anteriores al fallecimiento de la causante, decisión que fue confirmada en todas sus partes al resolver los recursos de reposición (Resolución No. DPE 11697 del 28 de febrero de 2020) y apelación (Resolución No. SUB 129315 del 17 de junio de 2020), en principio sería procedente el reconocimiento de los mismos, sin embargo, se observa que ante los distintos pronunciamientos jurisprudenciales realizados recientemente por las altas cortes en materia de pensión de sobrevivientes, entre estas la sentencia SU-149 de 2021, ello ha conducido a distintas interpretaciones y decisiones judiciales, razones por las cuales no se estima procedente en este caso la causación de intereses.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor CARLOS EDUARDO GIL LÓPEZ, identificado con C.C. # 79.309.563, es beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la señora SANDRA GARCIA, a

partir del 24 de noviembre de 2011, en cuantía inicial de \$908.176, en 13 mesadas anuales y con los incrementos anuales correspondientes.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a favor del demandante CARLOS EDUARDO GIL LÓPEZ, identificado con C.C. # 79.309.563, a pagar el retroactivo causado a partir del 24 de noviembre de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2021, por valor de \$25.777.558,73.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar la suma correspondiente de aportes para salud.

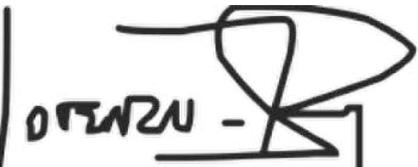
QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

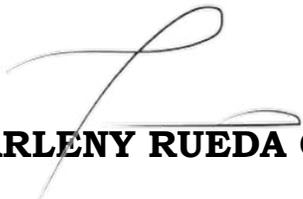
SEXTO: ABSOLVER de las demás pretensiones presentadas, de conformidad con las razones expuestas.

SEPTIMO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVO VOTO

AUTO

En mi criterio, y conforme lo dispuesto en el inciso 2 literal b) art. 13 de la Ley 100 de 1993, por haber ocurrido la disolución de la sociedad conyugal no procedía el reconocimiento pensional, requisito vigente conforme la sentencia C-515 de 2019. Por ello debió ser confirmada la sentencia de primera instancia.

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



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLORIA STELLA MENDEZ USCATEGUI contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 032 2019 00798 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de noviembre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que el Juez de instancia al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiéndolo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y las AFP, en razón a que los actos tienen efectos inter partes, por lo que la entidad no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la decisión.

Porvenir S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que previa asesoría verbal, amplia y suficiente brindada en el

lugar de trabajo de la actora, la afiliación con las AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como fue expresamente admitido y como se lee del formulario de afiliación suscrito y cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la nulidad ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos financieros y bono pensional si hay lugar a ello.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 5 de mayo de 1963; que realizó aporte en el Instituto de los Seguros Sociales a partir del 26 de julio de 1979 al 31 de agosto 1996; que en el año 1996 se trasladó a Colpatria, sin que los asesores a dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su derecho pensional. Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5,12, 25,70, 71, 75, y 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Sociales y las sentencias de las Corte Suprema de Justicia con radicado 1452 de 2019, 46292 de 2014, 47125 de 2017.

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 de régimen efectuado por la parte actora se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, por lo que deberá probarse dentro del proceso la ineficacia del mismo. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción 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 la AFP brindó al accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, diferencias entre el RPM, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que brindó información de manera clara, precisa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de noviembre de 2022, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas y la vinculada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. - DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen efectuado por la demandante GLORIA STELLA MÉNDEZ UZCÁTEGUI a través de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., de fecha 08 de agosto de 1996, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la vinculada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales durante el tiempo que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha administradora, sumas que deberán trasladarse debidamente indexadas y con cargo a los propios recursos de PORVENIR S.A.

CUARTO. - CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de aportes y rendimientos, así como las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

QUINTO. - CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante GLORIA STELLA MÉNDEZ UZCÁTEGUI como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado que se declara ineficaz.

SEXTO. - CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

SÉPTIMO. - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado está en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoquen las condenas impuestas en contra de la entidad, en consideración a que el traslado que efectuó la actora del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como quedo expresado con el formulario de afiliación suscrito, el cual no fue desconocido o tachado de falso, por lo que no se dio el valor probatorio a dicha documental, en virtud de que para el momento del traslado era la única solemnidad que se exigía, por otro lado precisó que del interrogatorio de parte se advierte que un asesor la acompañó en el diligenciamiento del formulario; precisó por

otro lado que en este asunto deben existir restituciones mutuas las cuales no fueron objeto de estudio, toda vez que existen unos gastos de administración los cuales no van destinados a la financiación de la pensión de los afiliados, sino que es un descuento que se hace en los dos regímenes pensionales, para el funcionamiento del sistema esto de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; resaltó que no resulta tampoco procedente la indexación de los emolumentos anteriormente mencionados, en virtud de que los mismos fueron descontados por un mandato legal, por lo que se estarían desbordando los efectos de la ineficacia.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida, al considerar que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, existe una prohibición legal de traslado entre régimen 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse, por lo que la entidad debe dar cabal cumplimiento a las disposiciones legales en pro de la sostenibilidad financiera; resaltó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para que proceda el traslado en cualquier tiempo según jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo que resulta improcedente declarar la ineficacia de traslado; precisó que para el momento del traslado la obligación del fondo privado era de brindar información verbal, la cual se efectuó y quedó acreditado en el presente asunto de conformidad con el interrogatorio de parte; resaltó por otro lado que se debe tener en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que la Entidad es un tercero en el acto jurídico celebrado, por lo que dicho acto tiene efectos jurídicos inter partes y no puede Colpensiones ser beneficiada o perjudicada con la decisión que se tome.

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 8 de agosto de 1996.

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, suministró 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 debidamente indexados, 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, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, 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 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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de noviembre 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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle of the letters.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA ROCIO BRICEÑO CHARRY contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 033 2019 00703 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

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 a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de noviembre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que, de las pruebas aportadas al proceso, se encuentra que no hubo engaño por parte de las Administradoras de los Fondos Privados al momento de suscribir los formularios de afiliación, en virtud de que no se advierte de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta del deber de información) por parte de la AFP, o de que se esta en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).

Porvenir S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que contiene la declaración de que trato el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada de la parte actora solicitó se confirme la sentencia de instancia al considerar que las Administradoras que representan el Régimen de Ahorro Individual incumplieron el deber legal de información consagrado en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que para el momento del traslado de régimen pensional de la demandante se encontraba vigente.

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Roció Briceño, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir y Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 22 de julio de 1961; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde octubre de 1986; que se trasladó en el mes de agosto de 1994 a Porvenir S.A y posteriormente a Colfondos S.A., en mayo de 1999; sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 1, 11 y 13 de la Ley 100 de 1993; los artículos 1508, 1510, 1511 del Código Civil; el Decreto 720 de 1984 y las sentencias de la Corte Suprema con radicado N°1421 de 2019, 1452 de 2019, 1688 de 2019 y 1689 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 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 esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas 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 la AFP brindó al accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, diferencias entre el RPM, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que brindó información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de noviembre de 2022, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada por MARTHA ROCIO BRICEÑO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.793.632, efectuada el 3 de agosto de 1994 a la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia la afiliación realizada por COLFONDOS el 9 de septiembre de 1999.

SEGUNDO: DECLARAR que MARTHA ROCIO BRICEÑO actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de MARTHA ROCIO BRICEÑO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gasto de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de MARTHA ROCIO BRICEÑO, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (03) SMLMV para cada una de ellas. Sin costas para Colpensiones.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía perdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de declarar la ineficacia de traslado, conforme los argumentos

esgrimidos en los alegatos de conclusión relativos a la inexistencia de un vicio del consentimiento en los contratos de afiliación suscritos en el RAIS; en virtud de que en el interrogatorio de parte no se logro establecer la falta del deber de información, toda vez que la actora no prueba la inadecuada asesoría, pues si bien la carga de la prueba se traslada a las AFP, la información se demostraba con el formulario de afiliación conforme al Decreto 663 de 1993 y el Decreto 1642 de 1995; precisó que dicha decisión genera una descapitalización del sistema pensional, lo que pone en riesgo la garantía de los demás cotizantes.

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,

previando 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 Porvenir S.A., el 3 de agosto de 1994.

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, suministró 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 y sumas adicionales de la aseguradora, 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, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Porvenir S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de noviembre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el demandante en dicho fondo.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIO MOISES JUVINAO DAZA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**

RADICADO: 110013105 033 2021 00384 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

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 a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que para la fecha de suscripción y firma del formulario en el año 1995, no existían la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados, por lo que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado en ese asunto Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, los dineros obrantes en la cuenta individual junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 12 de febrero de 1960; que se afilió el 27 de septiembre de 1994 al Instituto de los Seguros Sociales; que el 21 de abril de 1995 se traslado a Colmena S.A hoy Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, el artículo 3 del Decreto 663 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 210 del Decreto 663 de 1993, los artículos 4 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, el artículo 5 del Decreto 2241 de 2010, el artículo 7 del Decreto 2241 de 2010 y las sentencias con radicado numero 31989 de 2008,33083 del 2011, 12136 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la afiliación de la demandante con la AFP es plenamente válida y eficaz, en virtud de que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, a través de la firma del formulario de vinculación que cumple con todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. 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 restitución mutua a favor de la AFP y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada por la señora MARIO MOISES JUVINAO DAZA, identificada con la cédula de ciudadanía No.19.456.350, efectuada el 21 de mayo de 1994 a la AFP Colmena hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que MARIO MOISES JUVINAO DAZA actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de MARIO MOISES JUVINAO DAZA a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gasto de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de MARIO MOISES JUVINAO DAZA, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPMPD administrado por COLPENSIONES durante el tiempo en el cual estuvo afiliado el demandante.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (03) SMLMV.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía perdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que para el año 1995 la normatividad aplicable para dicha época era la Ley 100 de 1993, ya que esa aceptación espontanea libre y voluntaria de trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma en el formulario de afiliación, pues hasta el año 2016 las AFP contaban exclusivamente con el formulario de afiliación para probar ese consentimiento, por lo que no resulta correcto imponer cargas adicionales a las previstas en la leyes para la época; precisó que se evidencia un errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil al invertir la carga de la prueba a las AFP sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante; refirió que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en virtud de que Colpensiones en este asunto es un tercero, pues el acto jurídico en principio solo tiene efectos jurídicos inter partes, por lo que la entidad no puede ser favorecida ni perjudicada con dicho acto celebrado; refirió que al actor ha permanecido por un lapso de tiempo muy largo en el RAIS, por lo que permitir que el demandante ingrese nuevamente RPM genera un desequilibrio patrimonial dentro del sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 21 de abril de 1995.

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, suministró 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 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 Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de octubre 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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA VERONICA CASTELLANOS ROJAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 034 2021 00064 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que, de las pruebas aportados del proceso, se evidencia que no hubo engaño por parte del Fondo Privado al momento de suscribir el formulario de afiliación, no se advierte que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información por parte de la AFP o de que se esté en presencia de algún vicios en el consentimiento (error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia solicitudes aportadas al plenario alguna nota de protesta o anotación que permita inferir con certeza que hubo inconformidad por parte de la actora.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieran causados y hacer el respectivo traslado de las cotizaciones.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 4 de marzo de 1968; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales hasta el 18 de noviembre de 1994, fecha en que se traslado a Protección S.A., sin que el asesor a dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 5, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508 y 1510 del Código Civil, Decreto 2071 de 2015, las sentencias de la Corte Constitucional T-818 de 2007 y T-398 de 2009 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 12136 de 2014, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda en su contra, precisó que se está frente a un acto existente, válido exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a la AFP Horizonte hoy Porvenir, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de octubre de 2022, el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante ANA VERÓNICA CASTELLANOS ROJAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de Protección S.A., tásense las agencias en un (01) SMLMV.

QUINTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso; por lo que le corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen

pensional; presupuesto probatorio que se aplica sin importar que el afiliado tuviera o no un derecho consolidado, una expectativa legítima o un beneficio transicional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que no existen vicios en el consentimiento del contrato de afiliación suscrito por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual; así como tampoco se encuentra en el régimen de transición; que conforme al interrogatorio de parte y los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia no se logró establecer la falta al deber de información, ya que la demandante no prueba la inadecuada asesoría alegada; pues si bien se invierte la carga de la prueba a las AFP se reitera que la información brindada se demostraba con el formulario de afiliación en dicha época; precisó que con la declaratoria de ineficacia se genera una descapitalización del sistema pensional, toda vez que pone en riesgo la garantía de pensión de los demás cotizantes; finalmente concluyó que en caso de que se confirme la decisión se ordene la devolución de todos los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual.

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 Protección S.A., el 18 de noviembre de 1994.

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, suministró 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 y sumas adicionales de la aseguradora, 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, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

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 Primero Laboral Transitorio Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de octubre 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,


L~~OREN~~ZO ~~TORRES~~ R~~USSY~~



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS GONZALO CAMARGO PULIDO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 034 2021 00122 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

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 y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que, en el presente asunto no es dable acceder a las prestaciones impetradas, en virtud de que la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el Legislador en la Ley 797 de 2003, elemento que se encuentra debidamente probado, ya que de la documental arrojada en el proceso, se estableció que al momento de la radicación de la demanda se encontraba a menos de los 10 años previos a cumplir la edad.

Porvenir S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que el fondo de pensión siempre garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

La apoderada de la parte actora solicitó se confirme de forma parcial la sentencia de instancia al considerar que la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional no se condiciona a que el demandante demuestre haber sido beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como también que las AFP deben probar que cumplieron con sus obligaciones e informaron suficientemente al afiliado.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Gonzalo Camargo, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y posteriormente a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del Código Civil y por consiguiente ordenar a esta entidad reconocer el derecho a la pensión de vejez, retroactivo, indexación y intereses moratorios.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de abril de 1958; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el año 1958 hasta el mes de mayo de 1989; que cotizó 177.29 semanas en el RPM; que en el año 1995 se trasladó a Porvenir S.A y posteriormente en el mes de diciembre de 2001 se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional. Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el artículo 48 de la Constitución Política y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado, 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 68838 de 2019, 56174 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado que efectuó el demandante en el año 1995 con la AFP, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación 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 la AFP brindó al accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, diferencias entre el RPM, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no procedencia de pago de intereses moratorios ni

indemnización moratoria, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de octubre de 2022, el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante LUIS GONZALO CAMARGO PULIDO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.

CUARTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas con la presente demanda por el señor LUIS GONZALO CAMARGO PULIDO por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. COSTAS. Serán a cargo de Porvenir S.A., y Colfondos S.A., tásense las agencias en un (01) SMLMV, a cada una de ellas.

SEXTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso; por lo que le corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional; presupuesto probatorio que se aplica sin importar que el afiliado tuviera o no un derecho consolidado, una expectativa legítima o un beneficio transicional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación de forma parcial contra el numeral quinto respecto a las costas para que se condene a la Administradora de Pensiones-Colpensiones, al considerar que concurrió al proceso y no se abstuvo, ni se allanó a las pretensiones de la demanda.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia y solicitó se revoque la misma, con fundamento en que si bien existe una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que no se puede concluir de forma tajante que no se brindó la información al demandante, pues de conformidad con el escrito de la demanda se evidencia que se brindó información sobre características propias del RAIS, así como también existió un estudio detallado sobre su situación pensional; precisó que en lo referente a la inversión de la carga de la prueba la misma no resulta automática, toda vez que se debe analizar cada caso en concreto; por otro lado indicó que en caso de que se conforme la sentencia de instancia se especifique los dineros que deben ser trasladados, esto en consideración a evitar la descapitalización 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 Porvenir S.A., el 31 de julio de 1995.

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, suministró 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 y sumas adicionales de la aseguradora, 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 el demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Porvenir S.A. y Colfondos, a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte demandante 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 adicionara el numeral Quinto de la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de condenar en costas 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: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de octubre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Colfondos S.A y Porvenir S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el demandante en dichos fondos.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal Quinto de la parte resolutive de la sentencia proferida en primera instancia., en el sentido de condenar en

costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CESAR
NAPOLEON ARAUJO OÑATE CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 035 2020 00219 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés
(2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Leidy Carolina Fuentes Suárez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.049.614.551 y tarjeta profesional No. 246.554 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 los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio de 2021 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de Consulta. La sentencia de primera instancia condenó al pago de \$21.896.018,00, por concepto de retroactivo pensional desde febrero de 2018 hasta febrero de 2020, debidamente indexado.

En esta instancia se recibieron alegatos por parte de Colpensiones en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se reconociera y pagara en su favor el retroactivo de la pensión de invalidez desde el 11 de octubre de 2013¹, fecha en que se emitió el dictamen por Colpensiones, en el que se estableció el 69,67% de PCL, a la indexación de tales sumas, al pago de intereses moratorios, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones señaló que nació el 6 de octubre de 1963; que nació con una enfermedad congénita,

¹ Por valor de \$67.210.245.

crónica y/o degenerativa², que cotizó a Colpensiones durante el periodo comprendido entre el 1° de julio de 2002 hasta el 31 de enero de 2018, un total de 778,29 semanas; que a pesar de su discapacidad ejerció una actividad productiva que le permitió la satisfacción de sus necesidades básicas en el oficio de músico acordeonero; que el progreso de su enfermedad conllevó a solicitar la pensión de invalidez el 2 de diciembre de 2013, previa valoración realizada por Colpensiones mediante dictamen No. 2013283771LL, donde estableció la PCL en 69,67%; que mediante la Resolución No. GNR 211039 del 10 de junio de 2014, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, decisión que posteriormente fue confirmada mediante Resolución No. GNR 340733 del 29 de septiembre de 2014, en la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto.

Así mismo, indicó que el 24 de octubre de 2018, elevó a la demandada nueva reclamación que no fue resuelta por la misma, por lo que promovió acción de tutela, cuyo tramite en segunda instancia correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, el cual en sentencia del 19 de marzo de 2020, revocó el fallo de primera instancia y le reconoció de manera definitiva la pensión de invalidez, precisando que la demandada en cumplimiento del fallo constitucional, Colpensiones, expidió la Resolución No. SUB 84063 del 30 de marzo de 2020, ordenado el reconocimiento de la pensión.

² “Poliomielitis con acortamiento real miembro inferior derecho, displasia caderas bilateral, hipertensión arterial, síndrome de túnel del carpo bilateral y síndrome manguito rotador bilateral”.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que mediante Resolución SUB 84063 del 30 de marzo de 2020, ordenó reconocer y pagar a favor del actor, pensión mensual vitalicia invalidez, a partir del 1° de marzo de 2020, en cuantía \$877.803, de conformidad con lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección “C” y el concepto Jurídico BZ_2015_3939291 del 05 de mayo de 2015, así mismo, resaltó que el actor no contaba con un total de 778 semanas, durante el lapso comprendido entre el 01-07 de 2002 y el 31 de enero de 2018, pues contaba con 791,14 semanas y que revisada la historia laboral se evidenciaba que el peticionario no contaba con las 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho al retroactivo pretendida, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, prescripción e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de julio de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: *CONDENAR a la demandada Colpensiones a reconocer y pagar al actor Cesar Napoleón Araujo Oñate, la suma de \$21.896.018,00, por concepto de retroactivo pensional desde febrero de 2018 hasta febrero de 2020, debidamente indexado.*

SEGUNDO: *ABSOLVER a Colpensiones de los intereses moratorios pretendidos.*

TERCERO: *CONDENAR a la demandada en costas, incluyendo en ellas la suma fijada como agencias en derecho correspondiente a \$1.000.000.*

CUARTO: *CONSÚLTESE con el superior.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que para el reconocimiento de la prestación económica se tuvo en cuenta la capacidad laboral productiva que tuvo el afiliado con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez así como la totalidad de las semanas demostradas ante el juez de tutela como se expresó en el fallo proferido, señalando que el retroactivo solicitado solo sería reconocido a partir de la última cotización efectivamente realizada entendiendo que fue hasta esa fecha en que el actor tuvo capacidad laboral para prestar sus servicios y por ende las cotizaciones efectuadas correspondieron a su fuerza de trabajo y no a un fraude al sistema pensional como se había establecido en la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L., así señaló que como la última cotización efectuada por el actor correspondió a enero de 2018, se condenaría a Colpensiones a reconocer las mesadas generadas entre febrero de 2018 y marzo de 2020.

En cuanto a los intereses moratorios recordó que nuestro órgano de cierre en algunos casos había establecido la improcedencia de los mismos cuando el reconocimiento de la prestación económica correspondía a una interpretación jurisprudencial, situación que se presentaba en este caso, siendo que el otorgamiento de liquidación de la pensión hasta la última semana de cotización obedeció al cambio jurisprudencial ocurrido para el momento de la decisión de segunda instancia conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 588 2016 y para efectos de adoptar la decisión del caso al cambio de posición efectuado desde la sentencia SL3275-2019.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes, presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La parte actora, presentó recurso de apelación indicando que no estaba de acuerdo con la decisión adoptada por el a quo, ya que cuando se trataba de personas que tenían enfermedades congénitas, crónicas, si bien se debían tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la estructuración de la invalidez, no podía pasarse por alto que la fecha de la calificación de la invalidez fue el 11 de octubre del año 2013, fecha para la cual el actor no solo contaba con las 50 semanas exigidas sino contaba con 563 semanas, lo que indica que sobradamente el actor cumplía con ese requisito a partir de esa fecha y por tanto la pensión debía reconocérsele a partir de ese

momento, resaltando que aunque el 2 de diciembre del año 2014, se efectuó la reclamación ante Colpensiones, momento para él ya tenía una PCL más que meritoria, siguió cotizando ante la negativa en el reconocimiento.

Colpensiones, solicitó la revocatoria de la decisión en la medida que de acuerdo con el estudio pensional efectuado, el actor no acreditaba los requisitos contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (Modif. art. 1 L. 860/03), ya que no se cumplía con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, además puntualizó que el disfrute de la pensión fue emanado de un postulado jurisprudencial y este se dio a partir del 1° de marzo de 2020, de manera que el reconocimiento se efectuó en virtud de los postulados jurisprudenciales y no normativos, puesto que no cumplía con los requisitos, por lo que no había lugar al reconocimiento de la pensión de la invalidez desde la fecha de estructuración sino a corte de nómina pues de no ser ello así se vería afectado al principio de sostenibilidad del sistema pensional.

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 cual era la fecha a partir de la cual debía efectuarse el reconocimiento del retroactivo para así establecer el monto del retroactivo a reconocer.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que al señor Cesar Napoleón Araujo Oñate, le fue reconocida pensión de invalidez a partir del 1° de marzo de 2020, en cuantía de \$877.803 en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, tal y como se desprende de la Resolución No. SUB 840 del 30 de marzo de 2020; ii) que Colpensiones en dictamen No. 2013283372LL expedido el 11 de octubre de 2013, calificó la PCL del actor en un 69,67% con fecha de estructuración del 6 de octubre de 1963; iii) que la situación de salud presentada por el actor se enmarcaba dentro de las enfermedades catalogadas como progresivas, degenerativas o congénitas y iv) que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 23 de noviembre de 2020, el actor presentaba un acumulado de 791,14 semanas cotizadas, siendo el último periodo de cotización, el mes de enero de 2018.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que en este caso el recocimiento pensional fue ordenado mediante acción constitucional, por lo que este aspecto hace tránsito a cosa juzgada, en ese medida el asunto objeto de estudio girara en torno a la fecha de disfrute de la pensión de invalidez siendo que la orden del juez de tutela se concretó en *“(...) dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente providencia, profiera acto administrativo en el que se reconozca y liquide pensión de invalidez del señor CESAR NAPOLEON ARAUJO OÑATE identificado con cedula de ciudadanía No. 77.036.311 de la Paz – Cesar, y lo incluya dentro de la nómina de pensionados a partir del mes de marzo de 2020, de*

conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.”.

Frente al punto, conviene mencionar que la orden de inclusión en nómina de pensionados a partir del mes de marzo de 2020, no corresponde necesariamente a la fecha a partir de la cual debía efectuarse el reconocimiento pensional, pues esta sencillamente hace alusión al reporte que se realiza de un nuevo pensionado en la nómina, marcando así el momento en que se empezara a pagar una pensión y que puede o no contemplar el pago de un retroactivo si se establece que el derecho se configuro en forma previa a la inclusión en nómina.

Por lo anterior, no le asiste razón el apoderado de Colpensiones, respecto a que se ordenó el reconocimiento pensional a partir del 1 de marzo de 2020, ya que lo que se ordenó a partir de tal fecha fue la inclusión en nómina, es mas en la parte considerativa del fallo de tutela expresamente se señaló lo siguiente: *“Cabe resaltarse que únicamente se ordenará a la accionada reconocer la pensión de invalidez del señor César Napoleón Araujo Oñate, pues lo referente al pago del retroactivo, la indexación de las mesadas pensionales y los intereses moratorios pretendidos por el tutelante, resulta improcedente y deberá ser debatido ante el Juez natural del asunto.”*

En cuanto a la fecha del disfrute de la pensión de invalidez, debe tenerse en cuenta que si bien de conformidad con el inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de la parte interesada y

comenzará a pagarse en forma retroactiva desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez, no puede pasarse por alto que la jurisprudencia ha establecido como excepción en los casos de las enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas que se debe tener en cuenta el tiempo de cotización exigido por la normatividad aplicable con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, como lo indicó entre otras en sentencia SL5576-2021, en la que precisó:

“(…)

Pues bien, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que el derecho a la pensión invalidez debe analizarse y dirimirse conforme a la norma vigente al momento de la estructuración de tal condición. En esa perspectiva, la disposición que rige el asunto es el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, toda vez que la pérdida de la capacidad laboral del actor se estructuró formalmente el 18 de octubre de 2011. Por tanto, en principio, es esa data la que debe tomarse como referente para determinar el lapso temporal de los tres años anteriores a la consolidación del estado de invalidez que exige la norma para el cumplimiento de las 50 semanas de cotización, como requisito mínimo para que el asegurado acceda a la prestación periódica por invalidez.

No obstante, respecto del momento a partir del cual se contabiliza el número de cotizaciones en tratándose de afiliados que padecen enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo, como es el caso del accionante, la Corte también ha establecido que es posible tener en cuenta no solo la data formal de estructuración de la invalidez, sino también (i) la de la calificación de dicho estado, (ii) la de la solicitud de reconocimiento pensional, o (iii) la de la última cotización realizada (CSJ SL3275-2019, CSJ SL3992-2019, CSJ SL770-2020 y CSJ SL1718-2021). Lo anterior, dado que estas circunstancias permiten establecer que el afiliado, pese a la declaratoria formal inserta en un dictamen médico científico respecto a su condición para trabajar, conservó una capacidad laboral y por ello es dable fijar una fecha diferente para establecer el trienio en el que se deba contabilizar el requisito de las 50 semanas de cotización.

Desde luego que esto implica entender el riesgo de invalidez desde una perspectiva diferente, esto es que pese a existir y ser verificado, subsiste una capacidad laboral susceptible de ser amparada por el sistema de seguridad social, hasta que se agote de forma permanente y definitiva.

(…)

De modo que los aportes que una persona trabajadora en estas condiciones efectúe al sistema de seguridad social en pensiones deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento eventual de la prestación, así estos se hagan con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada en un dictamen y, en consecuencia, se reitera, para analizar el requisito de la densidad de semanas es posible computar la última cotización efectuada al estimarse que a partir de allí el individuo tuvo una situación de invalidez en los términos establecidos en el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, esto es, una pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Ahora, no se trata en estricto rigor de que se cambie la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral en el porcentaje requerido para la configuración del estado de invalidez; lo que se permite es la posibilidad que la fecha hito para marcar el trienio en el que se deban cotizar las 50 semanas que exige la Ley 860 de 2003, se pueda fijar también en la de calificación del mencionado estado, de la solicitud de reconocimiento pensional, o la de la última cotización realizada.

(...)"

De conformidad con el precedente citado se concluye que tratándose de enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo, es factible tener en cuenta no solo la fecha de estructuración de invalidez sino también la de la calificación de dicho estado, la de la solicitud de reconocimiento pensional, o la de la última cotización realizada.

Así entonces, al presentar el actor una enfermedad de tipo crónico, congénito o degenerativo, nos encontramos frente a una enfermedad que por efectos de su progresión o los diferentes estadios que la misma puede presentar, tal y como se ha mencionado por nuestro órgano de cierre entre otras en la sentencia SL 3852-2022, el afiliado no pierde de manera definitiva su capacidad real laboral en aquella data que se fija como de estructuración de la PCL, en la medida que, al seguir laborando, desvirtúa dicha precisión, lo cual se denomina capacidad laboral residual, la cual, según la Corte, *“consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas”*.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las cotizaciones realizadas por el demandante con posterioridad al dictamen que realizó Colpensiones en el año 2013, no podrían tener la

connotación de defraudatorias del sistema, pues no reposa prueba en el plenario que así lo acredite, razones que conducen a considerar que la pensión de invalidez debía ser reconocida a partir de la última cotización realizada, esto es, desde el 1° de febrero de 2018, tal y como lo señaló el a quo.

Previo a entrar a verificar la liquidación del retroactivo pensional al que habría lugar, se analizara la excepción de prescripción, así se tiene que el actor presentó reclamación administrativa el 24 de octubre de 2018, la pensión le fue reconocida el 30 de marzo de 2020 y fue presentada la demanda el 22 de julio de 2020, como da cuenta el acta individual de reparto, considerando tales supuestos facticos se colige que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el artículo 151 del C. P. del T. y de la S.S., por lo que acertó el a quo al declarar no probada la excepción de prescripción.

Establecido lo anterior, se procede a revisar el retroactivo establecido por el aquo, para ello se tuvo en cuenta que la mesada pensional se determinó en el SMMLV, aspecto frente al que no existe controversia, obteniendo las siguientes cifras:

RETROACTIVO PENSIONAL				
Fecha inicial	Fecha Final	Valor mesada	Mesadas	Total
1/02/2018	31/12/2018	\$ 781.242,00	12	\$ 9.374.904,00
1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116,00	13	\$ 10.765.508,00
1/01/2020	28/02/2020	\$ 877.803,00	2	\$ 1.755.606,00
Total retroactivo pensional				\$ 21.896.018,00

Como se observa la cifra determinada por el despacho se ajusta a la establecida por el a quo y dado que es evidente la

pérdida del poder adquisitivo del dinero con el transcurso del tiempo, estima esta sala que las anteriores razones son suficientes para 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:

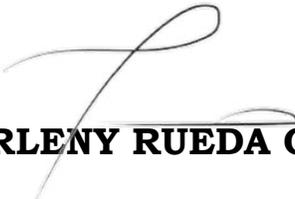
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

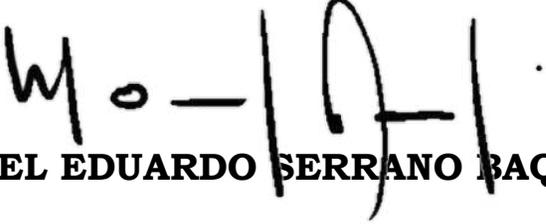
Esta decisión se notificará por edicto.

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



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR YAMILE RAQUEL IGUARAN PINEDO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 036 2019 00854 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

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 a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, en virtud de que no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que en el momento de traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión; agregó que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo privado.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que es deber de los fondos privados de pensiones, informar y brindar una asesoría integral que oriente respecto de

las ventajas y desventajas que acarrea un cambio de régimen pensional y esta obligación no surge el año 2016 con la doble asesoría, sino que dicho deber esta consagrado en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 656 de 1994.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración efectuados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 11 de marzo de 1962; que entre el 6 de enero de 1995 y el 29 de febrero de 1996 efectuó aportes a la Caja Departamental; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 26 de noviembre de 1992 al 1 de julio de 1993; que el 27 de mayo de 1996, se traslado a Colfondos S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 53, y 58 de la Constitución Política, los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, los decreto 692 y 656 de 1994, el Código Civil, el Código General del Proceso, el Código Sustantivo del Trabajo y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 46292 de 2014, 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 la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en virtud de que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa

para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción 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 el traslado que realizó la demandante con la AFP se efectuó con el lleno de los requisitos legales exigidos, de manera libre, y voluntaria, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora YAMILE RAQUEL IGUARÁN PINEDO en del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1° de julio de 1996, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, 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: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEXTO: CONSÚLTESE 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 su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida, al considerar que la entidad funge como tercero de buena fe, al no tener ningún tipo de injerencia en la decisión que tomo la demandante respecto del traslado que realizó a Colfondos S.A., en el año 1996; precisó que la actora no hizo uso de un mayor esfuerzo para demostrar la falta de información o la existencia de algún vicio en el consentimiento que ameriten invalidar el traslado de régimen pensional, esto de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso se concluye que dicho traslado se dio de forma libre y voluntaria, siendo el único requisito para la época la suscripción del formulario de afiliación; en consecuencia solicitó se revoque de forma integral la decisión, en aras de proteger el principio de la sostenibilidad financiera 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 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 Colfondos S.A., el 27 de mayo de 1996.

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, suministró 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 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:

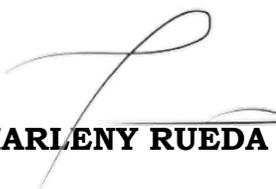
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

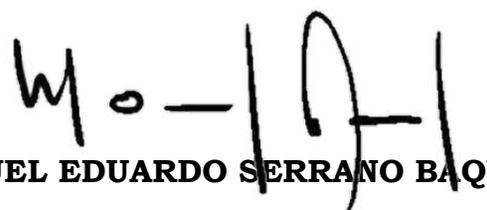
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 MARTHA LUCIA DIAZ SILVA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 038 2019 00796 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Mayra Alejandra Bohada Rojas, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 y tarjeta profesional No. 321.634 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 apoderada de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de octubre de 2021 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia declaró la inexistencia del traslado al RAIS efectuado con Colfondos S.A., ordenado en consecuencia la devolución a Colpensiones de la totalidad de las sumas recibidas en el RAIS y los rendimientos correspondientes sin efectuar descuentos de ninguna naturaleza, regularizando la situación de la actora dentro del término de 15 días y una vez finalizado este dentro del término de 4 meses, se efectuara el estudio pensional correspondiente.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de Colpensiones y la parte actora, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad, inexistencia y/o ineficacia del traslado de régimen al RAIS con Colfondos S.A. por violación del principio de libre escogencia ya que arbitrariamente se realizó afiliación a dicho régimen y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a la misma a realizar los trámites para regularizar su situación ante el RPM, reintegrar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos que

recibió de la afiliada, así mismo que se le reconociera y pagara la pensión de vejez por parte de Colpensiones y al pago de costas procesales.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 13 de diciembre de 1960; que ha cotizado al SGSS durante el periodo comprendido entre el 11 de agosto de 1982 y el 31 de diciembre de 2019; que al inicio de su vida laboral se afilió al ISS el 12 de agosto de 1982, reuniendo un tiempo de servicio equivalente a 1793 semanas; que el 31 de agosto de 2017, cuando cumplió los requisitos para pensión, se presentó a Colpensiones a reclamar su pensión, enterándose en ese momento que no se encontraba afiliada a Colpensiones desde septiembre de 2014 y que sus aportes habían sido transferidos a la AFP Colfondos desde 1995 y que no recordaba si quiera haber recibido información suministrada por los asesores del fondo privado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la actora se encontraba válidamente afiliada al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo que no era procedente la declaratoria de nulidad de traslado, siendo que este se efectuó con plena voluntad de la cotizante quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de afiliación a Colfondos en el año 1995, cumpliendo con los requisitos establecidos en la sentencia C-1024 de 2004 y en la sentencia

C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Además, resaltó que la actora no contaba con una expectativa legítima para pensionarse con una norma anterior a la Ley 100 de 1993, ya que al 1° de abril no contaba con 35 años o con 15 años de servicios y que no podía pasarse por alto que la actora también tenía deberes como lo era informarse respecto del contrato que estaba suscribiendo en forma voluntaria, teniendo la posibilidad de retracto, no obstante, permaneció más de 18 años afiliada al RAIS, sin manifestar inconformidad. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

Mediante auto del 4 de noviembre de 2020, notificada por estado el día 5 del mismo mes y año, se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones y no contestada por parte de Colfondos S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR inexistente el traslado del régimen pensional de la demandante MARTHA LUCIA DIAZ SILVA, tomado por las accionadas como efectivo a partir del mes de agosto de 1995, del régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales y ahora por Colpensiones, con destino al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., con sustento en el formulario de afiliación 506077 del 5 de julio de 1995, en la medida en que tal acto no cuenta con la suscripción del documento por parte

de la demandante MARTHA LUCIA DIAZ SILVA, lo que denota la ausencia de una decisión libre y voluntaria de seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad y someterse, para efectos pensionales, a las reglas correspondientes. Consiguientemente, se declara que la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida. Todo lo anterior en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., que devuelva con destino a Colpensiones, la totalidad de las que sumas recibidas en el régimen de ahorro individual con solidaridad por cuenta de la demandante MARTHA LUCIA DIAZ SILVA y los rendimientos correspondientes que obren en su cuenta de ahorro individual, sin efectuar descuentos de naturaleza alguna por concepto de cuotas de administración o valor de alguna índole y de la misma manera se dispone concederle un término de 15 días hábiles, para que COLFONDOS S.A., conjuntamente con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, adelante las gestiones administrativas y financieras tendientes a regularizar la afiliación de la demandante y su historial laboral en el régimen de prima media con prestación definida; 15 días que se contarán a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

De igual manera se ordena a la Administradora COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que, vencido este término de 15 días, concedido para regularizar la situación de afiliación de la demandante, dentro del término de 4 meses proceda a efectuar el estudio correspondiente sobre el cumplimiento de requisitos de la Accionante para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 desde el 2003, y de ser procedente, reconozca la pensión de vejez.

Lo anterior sin lugar a aplicar dentro de este contexto, prescripción de Mesadas Pensionales en la medida en que la demandante, arriba a la edad de 57 años el 13 de diciembre del año 2017 y la demanda se radicó el 15 de agosto del 2019. Destacándose que el pago de las respectivas mesadas pensionales, deberá hacerse a partir del momento en que operé el retiro del sistema o el retiro del servicio, o en todo caso, a partir del mes siguiente a aquél en el que se haya verificado la última cotización por parte de la incoante de la acción.

Ahora bien, en la medida en que proceda el reconocimiento de mesadas pensionales, en favor de la demandante, los valores correspondientes deberán ser indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO (Mesada Pensional)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al de la fecha de causación de la respectiva mesada pensional y como índice final el que se verifique el pago por parte de la accionada.

Cabe anotar que se autoriza a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, para que del retroactivo de mesadas pensionales indexadas a la que tenga derecho a demandante, se descuenten, en el porcentaje que en Derecho corresponde, los aportes pertinentes con destino al sistema de Seguridad Social en salud.

TERCERO. EXCEPCIONES. *Dadas las resultas del juicio el Despacho, Declarar no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas.*

CUARTO: COSTAS. *Lo serán a cargo de las demandadas. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1.500.000, a cargo de cada una de las convocadas a juicio, en favor de la demandante.*

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

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que ante el desconocimiento efectuado por la demandante del formulario de afiliación al RAIS con Colfondos, quien tenía la carga de demostrar que estaba válidamente suscrito por esta era Colfondos S.A., no obstante, esto no se acreditó, adicionalmente, adujo que en todo caso y en gracia de discusión pese a que el traslado acaeció en 1995, el interés de la demandante fue el de permanecer en el RPM, como se podía colegir del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, puesto que se advertía que los empleadores efectuaron cotizaciones al ISS hasta el año 2014, ya que a partir de septiembre de la referida anualidad, es que se registraron cotizaciones efectivas con destino a Colfondos, razones que condujeron a considerar que la afiliación y por tanto el traslado de régimen pensional, eran inexistentes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Señaló que debía revocarse la totalidad de la decisión ya que su representada era un tercero que no había participado

en el acto de traslado, además que con fundamento en este remitió los valores con destino a la AFP y en ese sentido no se debía imponer una condena en contra de Colpensiones dado que actuó de buena fe y conforme a la legalidad, de manera que al declararse inexistente el acto de traslado, no había lugar a que se aceptara el mismo siendo que en el momento en que se efectuaron las reclamaciones y se interpuso la demanda, se encontraba inmersa dentro de la protección legal que contempla el artículo 2 de la ley 797 del 2003.

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 nulidad, inexistencia y/o ineficacia de la afiliación de la actora 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.

En primer lugar, se precisa que la sala tendrá como premisas argumentativas para tomar la decisión los siguientes aspectos reseñados en la demanda: que cuando se vinculó a Misión Temporal le hicieron entrega de varios formularios para vincularse no recuerda haber firmado ninguno de Colfondos S.A. ni haber recibido asesoría, sin embargo, cuando fue a reclamar su pensión a Colpensiones, se enteró que existía un traslado a Colfondos en 1995 y que sus aportes se habían reemitido allí, reclamando por tanto la nulidad, inexistencia y/o ineficacia del traslado efectuado con Colfondos por cuanto este fue aparente, solicitando aplicar lo expuesto frente a la multifiliación en los Decretos 3800 de 2003 y 692 de 1994.

Como se advierte el cuestionamiento se efectúa de un lado porque no recuerda haber suscrito el formulario con la administradora de pensiones demandada, pero de otro lado se solicita aplicar lo relacionado con la multifiliación, con lo que avalaría la posible suscripción, ante esta contradicción y dado que lo que se aduce es que recuerda que para su vinculación con la empresa Misión Temporal se le hicieron entrega de unos formularios para poder vincularse a trabajar, resultaba prudente adelantar el análisis bajo el trámite de la ineficacia.

Para el efecto, conviene recordar que 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, 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, 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 evidenció formulario de afiliación de la actora a Colfondos S.A., de fecha 10 de julio de 1995.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, este no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró 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 y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante, lo que conduce a declarar la ineficacia en este caso, en esa medida, se procederá a modificar el numeral 1° de la sentencia de primera instancia en el entendido que la declaratoria de ineficacia en este caso se produce es por la falta de consentimiento informado.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y de los rendimientos, debe tenerse en cuenta que 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 devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Como se observa, de acuerdo con el precedente citado se tiene que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación,

razón por la cual Colfondos S.A. no solo debe devolver los rendimientos sino también los gastos de administración a órdenes de Colpensiones por el tiempo en que la actora estuvo afiliada a tal administradora.

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia 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 término 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 nexos 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 último 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.”

Así las cosas, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexos de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal.

Por las razones anotadas, no es factible absolver a Colpensiones como lo reclama siendo que nuestro órgano de cierre de vieja data ha establecido los efectos de la ineficacia del traslado frente a la administradora del RPM.

Finalmente, resulta pertinente señalar que en este tipo de asuntos suministrar ordenes respecto al análisis de la regularización y situación pensional de la demandante, solo es procedente una vez se efectúe el cumplimiento de las ordenes aquí impartidas, es decir, cuando se tenga la totalidad de información y recursos de la actora en el régimen de prima media con prestación definida, como quiera que es indispensable que Colpensiones pueda analizar la situación con datos concretos y de manera precisa, en consecuencia, se procederá a revocar los apartes del numeral 2° de la decisión en los que se conceden unos tiempos y/o términos para efectuar el análisis de la situación pensional de la demandante manteniendo incólume lo relacionado con la devolución de todos los dineros de la cuenta individual de la actora, incluidos rendimientos y 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: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de octubre de 2021, en el entendido que la declaratoria de ineficacia en este caso se produce es por la falta de consentimiento informado.

SEGUNDO: REVOCAR los apartes del numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de octubre de 2021, en los que se suministraron ordenes respecto al análisis de la regularización y situación pensional de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

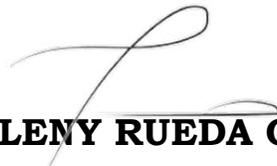
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERFANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO EDGAR RAMIREZ RINCON contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 038 2020 00332 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que el demandante, se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene la imposibilidad de trasladarse de régimen, así como también que el traslado efectuado con la AFP privada goza de plena validez y no puede utilizarse su propia culpa para beneficiarse, esto de conformidad con el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales, se alegaron o menos resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema, no se logro acreditar por parte de las demandadas, que se hubiese suministrado a el actor la información necesaria, pertinente, oportuna para realizar el traslado de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

El señor Edgar Ramírez Rincón, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes que encuentren en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros y valor del bono pensional.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 26 de septiembre de 1957, que el 25 de mayo de 1983 se afilió al Instituto de los Seguros Sociales hasta el 10 de diciembre de 1997; que el 7 de julio de 1989 se traslado a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo le suministrara información clara, cierta, suficiente y oportuna, en cuento a las características de cada uno de los regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2,4, 23,48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 1, 2, 11, 13, 15, 31, 33, 34 y 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 13, 14, 16, 19, 20,21, 260 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 1502, 1503, 1508, 1515, 1604, 1740, 1741 del Código Civil, la Ley 33 de 1985, los artículos 30, 31, 32 y 97 del Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994, el artículo 11 y 15 del Decreto

692 de 1994, el Acto Legislativo 01 de 2005 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado numero31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014,46292 de 2017, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado que realizó el demandante, fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido asesorado sobre las implicaciones de su decisión. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP. 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, inexistencia del derecho y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de noviembre de 2022, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor EDGAR RAMÍREZ RINCÓN con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación del 26 de noviembre de 2001, en la AFP HORIZONTE en su momento. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, las cotizaciones integralmente efectuadas y recibidas, respecto del demandante, con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIA}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$
(Valor de cada cotización recibida por la AFP)

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico la cotización integral correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de la A.F.P. PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que al subsistir saldos en la cuenta de ahorro por concepto de rendimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declarar no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la accionante.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha señalado que en caso de que no se acredite que se le suministro la información al afiliado de manera automática se realiza la declaratoria de ineficacia al margen de que existan o no vicios en el consentimiento, en consecuencia, acatando dicho criterio jurisprudencial declarara la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia de forma parcial en contra del numeral tercero de la parte resolutive, al considerar que si bien existe un precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema, no se pueden analizar de manera objetiva, en virtud de que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto teniendo en cuenta pronunciamiento del Tribunal Superior de Cali en el año 2021, que considera que no hay lugar a la indexación; precisó que dicha condena resulta doble.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que se pretende el traslado del RAIS al RPM cuando el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene en la imposibilidad legal de traslado; afiliación que goza de plena validez por lo que no puede el demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse; precisó que el demandante hubiese evidenciado las irregularidades de su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba y no fue hasta este momento que decide solicitar su traslado aduciendo engaño por parte de la AFP; resaltó que la selección de uno u otro régimen genera obligaciones recíprocas.

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 Porvenir S.A., el 26 de noviembre de 2001.

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, suministró 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 debidamente indexados, 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, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, 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 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 Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de noviembre 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 RAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA YAUDY MUÑOZ TORRES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**

RADICADO: 110013105 039 2018 00537 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de octubre 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 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 punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la APF Porvenir S.A., 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 en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales, se alegaron o menos resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que la decisión se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha y cuyas decisiones son uniformes.

I. ANTECEDENTES

La señora María Yury Muñoz Torres, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos, gastos de administración y por consiguiente dicha entidad reactive la afiliación.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 25 de octubre de 1962; que cotizó al Régimen Prima Media con prestación definida un total de 491 semanas; que el 30 de noviembre de 1998 estando vinculada laboralmente con Alpina Productos Alimenticios S.A., se traslado a Porvenir S.A., sin que el asesor a dicho fondo le hubiera brindado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 5 del Decreto 2241 de 2010, el artículo 210 del Decreto 663 de 1993, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1740, 1741, 1742, 1746, 1510, 1511 del

Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado numero 31989 y 31314 de 2008, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la AFP brindó información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, de la prescripción frente al pago de la indemnización de perjuicios morales, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora MARIA YAUDY MUÑOZ TORRES del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y con efectividad a partir del 01 de enero de 1999 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el

porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo, es decir, sin incluirse los rendimientos en la indexación. Estos conceptos deberán aparecer discriminados con los respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique y que facilite el cumplimiento de esa obligación.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar esta decisión y en contra de PORVENIR teniendo en cuenta también lo explicado en la parte motiva de esta decisión

SEXTO: CONDÉNESE EN COSTAS a PORVENIR dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. Se exonera conforme a lo explicado en la parte motiva a COLPENSIONES de las costas.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar ordenes a cargo de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia de forma parcial respecto a la transferencia de todos los dineros específicamente los gastos de administración debidamente indexados, al considerar que en el RPM no se generan dichos rendimientos y las condenas tienen la finalidad de un pago de perjuicios a cargo de AFP cuando se le ordena la devolución de dichos emolumentos de forma indexada, pues de conformidad con la sentencia 00761 del 13 de mayo de 2010 y la sentencia SL 9316 del 2016 se indicó que la indexación es la

actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación por el paso del tiempo dado la generalización de inflación de la economía; precisó que dichos dineros se encuentran actualizados por lo que no se puede hacer la entrega de otros dineros; adicionalmente en lo referente al seguro previsional dichos dineros fueron entregados a una aseguradora, por lo que no se pueden retrotraer coberturas que ya se prestaron y ordenar la devolución de dichos montos de su propio peculio se estaría generando un detrimento injustificado.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; así como tampoco se acreditó algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca se manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS en un término de más de 25 años, resultando así asumiendo las consecuencias legales de tales decisiones que no son otras que las de regirse por las normas, procedimientos y decretos establecidos en el RAIS desde el día en que se realizó el traslado.

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 Porvenir S.A., el 30 de noviembre de 1998.

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, suministró 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 debidamente indexados, 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, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, 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 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 Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de octubre 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

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and numbers, positioned above the printed name.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-002-2018-00136-01**
Demandante: **ADUER GERSON RODRIGUEZ ESPAÑA**
Demandados: **GATE GOURMET COLOMBIA LTDA, COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACION S.A. SERDAN S.A.**

En Bogotá D.C. a los **22 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por las partes demandante y demandada Gate Gourmet Colombia S.A.S., contra la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

ADUER GERSON RODRIGUEZ ESPAÑA demandó a **GATE GOURMET COLOMBIA LTDA, y COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACION S.A. SERDAN S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare de manera principal que entre las partes se llevó a cabo contrato de trabajo a término indefinido, que son solidarias en el pago de las acreencias que se cobran, que el despido es nulo por haberse realizado en estado de grave de incapacidad médica y sin autorización, consecuentemente se ordene el reintegro en las mismas condiciones con los incrementos salariales y prestaciones, salarios y

demás prestaciones dejadas de pagar desde el despido hasta que se produzca el reintegro; de manera subsidiaria se declare despido sin justa causa y consecuentemente se condene al pago indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones por todo el tiempo laborado, indemnización moratoria por el pago deficitario de salario y prestaciones sociales y por no informar el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad a la terminación del contrato de trabajo, sanción moratoria por la no consignación de cesantías en un fondo privado, extra y ultra petita, indexación y costas

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que **SERDAN S.A. suscribió** contrato de obra o labor el 25 de agosto de 2015 con el demandante; devengó el salario mínimo legal vigente de \$671.386.00; el 8 de septiembre 2015, desarrollando las labores le cayeron unas cajas de frutas lo cual le dio origen a un trauma en la rodilla derecha, remitido a la clínica de occidente; el 1 de diciembre de 2015 se realiza contrato de cesión entre SERDAN SA y GATE GOURMET LTDA, siendo denominado este último el empleador; se le ordenó operación para la reconstrucción de ligamento derecho de la rodilla y una menisectomía, lo cual le arrojó incapacidad médica prorrogada hasta el 18 05 2016; la ARL AXA COLPATRIA expidió concepto médico legal el cual tiene vigencia de recomendación a partir del 09-04-2016, para que el trabajador retornara a su trabajo, pero siguiendo ciertas medidas; el 19 de mayo le asignaron nuevas funciones conforme a las restricciones médicas, se le instala en el cargo de “Auxiliar de asesores” (sic); el 16 de junio 2016 la demandada realiza memorando al trabajador dado que no asistió a la cita médica con AXA Colpatria, pero en la misma el trabajador establece que no asiste en razón que no le dieron permiso para salir ese día de su puesto de trabajo; el 7 de julio de 2016 se expide concepto médico con varias recomendaciones; el 15 de julio 2016 la demandada le realiza memorando, porque estaba retirando dos botellas de Ron Medellín sin autorización; el 15 de julio 2016 se realiza diligencia de descargo, referente al hurto de dos botellas de Ron Medellín, y sobre un paquete de papas Tost ocultos en el trolley; frente a los descargos del 15 de julio contestó que no las sustrajo del

lugar donde se encontraba sino que las encontró en el morral que estaba en la moto en el parqueadero de la compañía, que se las introdujeron al bolso; frente al paquete de papas, en los descargos se estableció que fue la compañera Martha Bolívar que al momento de salir de turno lo dejó en ese lugar, como consta en la minuta; el 28 de julio de 2016, mediante escrito que la demandada denominó memorando le notifica el resultado sobre los hechos ocurridos referente a la extracción de las botellas de Ron Medellín, el cual establece que es responsable, pero no comparte la decisión; el 29 de julio de 2016 nuevamente modifican las funciones y también el cargo a desempeñar en donde se le otorgó el de auxiliar de audífonos, conforme a lo establecido por el médico tratante; el 02-08-2017 la demandada solicita al Ministerio le expida autorización para terminar con justa causa el contrato de trabajo, en razón de que entendían que nunca se probó en los descargos y por tanto el empleado tenía una estabilidad laboral reforzada; el 17 de agosto de 2016 mediante memorial la demandada solicitó al demandante que realice formalización de las citas asignadas desde el 23 de agosto de 2016 hasta el 27 de agosto de 2016; la demandada nuevamente le sigue haciendo actos de persecución por cámaras, al momento de salir de la entidad los celadores lo revisaban de manera grotesca, también realizaban tratos discriminatorios para hacerle sentir mal para que renunciara, dado que en la función que lo trasladaron el de auxiliar de audífonos era un desgaste innecesario para el empleador; el 30 de septiembre de 2016 se realiza diligencia de descargos sobre unas toallas que le encontraron en el pantalón al momento de salir de la compañía, a lo que respondió que las toallas estaban en la basura, además que su moto tenía atorada la cadena y por esta iba a utilizar las toallas para arreglar la moto, como las toallas estaban en la basura no vio inconveniente, que al momento de salir la registradora le pitó a otros compañeros que iban saliendo y no se les dijo nada solo se centraron en el demandante, y algo que está en la basura no es propiedad de nadie; el 30 de septiembre de 2016 la demandada termina el contrato de trabajo sin justa causa, por el incidente de las toallas de 23 de septiembre de 2016, cuando nunca se probó que fuera hurto en razón que las toallas estaban en la basura y sin la autorización del Ministerio de Trabajo; mediante resolución de 13 de octubre de 2016, el Ministerio de Trabajo negó el despido del demandante, por

lo cual debía incorporarse de nuevo al trabajo; AXA COLPATRIA solicita servicios ambulatorios el 18 de noviembre de 2016 para medicamento y 10 terapias más; atendiendo la solicitud en memorando de 17 de agosto de 2016 el demandante realiza la formalización sobre las citas que ha asistido desde el 07-04-16 hasta el 1 de diciembre de 2016; la ARL AXA COLPATRIA expide concepto médico legal el cual tiene vigencia de recomendación a partir del 10 de enero de 2017, para que el demandante retornara a su trabajo, seguido de ciertas medidas; desde el despido injusto el 30 de septiembre de 2016 no se ha reincorporado a su antiguo puesto ni tampoco le han cancelado los salarios, ni prestaciones sociales, ni aportes parafiscales, ni auxilio de transporte, ni vacaciones. (PDF 01 Expediente Digital. Folios 2-15 y subsanada folios119-131).

La demanda fue repartida al **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (PDF 01ExpedienteDigital. Folio 84), autoridad que, con proveído de 25 de mayo de 2018, después de subsanada la demanda, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 01 Expediente Digital. Folio 133).

La accionada **COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACION S.A. SERDAN S.A.**, contestó la demanda, frente a algunas de las pretensiones con oposición a otras expresa que no se pone ni se allana, y se opuso a todas las subsidiarias indicando según su juicio razones de hecho y de derecho; en los hechos, fundamentos y razones de la defensa expuso que estuvo vinculado el demandante mediante contrato de obra desde el 27 de agosto hasta el 1 de diciembre de 2015; que las pretensiones recaen sobre derechos eventuales causados con posterioridad a la fecha de cesión del contrato laboral; que el demandante nunca realizó reclamación; que con la otra demandada celebraron y ejecutaron la cesión del contrato laboral, con la anuencia del demandante, revestido de buena fe; que entregó al cesionario los valores correspondientes a todos los derechos laborales pendientes que hubiese causado al demandante, de conformidad con el acuerdo de cesión del contrato laboral. Señala que pago todas y cada una de las acreencias generadas a la fecha de la cesión del contrato.

Indica las normas que definen su naturaleza jurídica como prestadora de servicios tercerizados de outsourcing en calidad de contratista independiente.

En su defensa, formuló las excepciones de fondo que denominó: existencia de relación laboral entre el demandante y la demandada, existencia de relación laboral entre el demandante y la otra demandada, libertad de empresa, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a su cargo, cobro de lo no debido, ausencia de solidaridad, buena fe, mala fe del demandante, inexistencia de la obligación, compensación, improcedencia de indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de causa para pedir, validez de la cesión del contrato, y la que llamo genérica. (PDF 01ExpedienteDigital. Folios 147-166).

La demandada **GATE GOURMET COLOMBIA SAS**, describió el traslado de ley, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó unos hechos otros los negó; como Hechos, Fundamentos y Razones de Derecho de la Defensa, expuso sobre la terminación del contrato del demandante, que con la demandada y Serdán suscribieron el 1 de diciembre de 2015, acuerdo mediante el cual Serdán cedió a la demandada de manera integral el contrato de trabajo celebrado con el demandante, por lo que adquirió el carácter de única empleadora para todos los efectos legales; que conforme a la Ley 100 de 1993 y decretos reglamentarios, durante el transcurso de la relación laboral el demandante estuvo afiliado al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales; en el mes de septiembre de 2016 el demandante fue citado a rendir descargos, en virtud del presunto intento de hurto de toallas en hechos ocurridos el 23 de septiembre de 2016 a la finalización de la jornada laboral, realizó el proceso disciplinario conforme a la ley, el RIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial C 593 de 2014, garantizando el derecho al debido proceso; que el demandante incumplió políticas, deberes, y prohibiciones contenidos tanto en el RIT, en el código de conducta, y el acuerdo de cesión del contrato de trabajo, los cuales son de imperativo cumplimiento para todos los trabajadores; que previo a tales hechos el demandante ya había rendido descargos por hechos similares, que el 10 de julio de 2016, había intentado sustraer dos botellas de Ron de

propiedad de la Compañía e insumos de las aerolíneas clientes de la compañía; que la demandada maneja una política muy estricta de cero tolerancia en extracción de las materia prima y elementos de propiedad de la compañía y de los clientes de la compañía de sus instalaciones; para la demandada es indispensable que sus empleados cumplan con los deberes de lealtad y fidelidad propios de la relación laboral, y propende por un ambiente de trabajo seguro, confiable en el cual disminuya al máximo los hechos que vayan en contra de dichos principios; que no regalan ni obsequian alimentos y/o elementos de propiedad de clientes, que esta prohibió sustraer materia prima y/o elementos de propiedad de clientes de las instalaciones de la demandada; el demandante conocía el procedimiento interno y autorizado por la compañía de entrada y salida del material de la planta, no obstante el 23 de septiembre de 2016 al finalizar su turno se dirigió a los controles de seguridad que se hacen previa a la salida de las instalaciones de la planta y el auxiliar de riegos físicos que se encontraba a cargo, encontró dentro del morral del demandante dos toallas de propiedad de uno de los clientes de la compañía; la aerolínea LAN; reiterando que lo mismo había ocurrido el 10 de julio de 2016 con dos botellas de ron; que igualmente de acuerdo con el literal l) del acuerdo de cesión del contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la compañía, es una justa causa de terminación del contrato retirar de las instalaciones elementos, máquinas, útiles, papelería o cualquier material u objeto de propiedad del empleador o de sus clientes y hacerlo sin la aprobación, es una clara ausencia de lealtad con el empleador; el demandante tenía conocimiento de sus obligaciones y los hechos ocurridos el 23 de septiembre de 2016 era una falta grave a sus obligaciones laborales, que en la diligencia de cargos descargos el demandante reconoció conocer las obligaciones y prohibiciones contenidas en el RIT; la demandada procedió a terminar el contrato de trabajo con base en las justas causas comprobadas y contempladas en las normas; cita en su apoyo decisiones de la Corte Suprema de Justicia relativas a la terminación del contrato de trabajo con justa causa cuando las partes han calificado una falta como grave, sentencia 35998 de 25 de junio de 2009, 39518 de agosto de 2012, 15822 de 19 de septiembre de 2001; que al momento de la terminación el demandante no estaba incapacitado, ni había sido calificado por

las entidades de seguridad social, que no hay prueba que tenga una alteración significativa de su estado de salud, lo cual es irrelevante dado que existía justa causa de terminación; señala que no procede la protección por fuero de salud, y cita igualmente varias decisiones judiciales; propone las excepciones de fondo de pago, afiliación y subrogación de riesgos de invalidez, vejez y muerte, continuidad en la prestación del servicio médico, improcedencia del reintegro, no existe ley que consagre el reintegro pretendido en la demanda, ausencia de titularidad de los beneficios otorgados por la Ley 361 de 1997, terminación del contrato de trabajo conforme a derecho e inexigibilidad de una indemnización por despido, actuación indebida del demandante, inexistencia de obligaciones y cobro de lo no debido, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, actuación conforme a derecho, confesión por parte del demandante de incurrir en faltas graves, y, como excepciones subsidiarias compensación y prescripción. (PDF 01ExpedienteDigital. Folios 255-278).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 13 de mayo 2021, resolvió:

“...PRIMERO DECLARAR que entre el señor ADUER GERSON RODRÍGUEZ ESPAÑA identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.606 y la demandada COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A. representada legalmente por el señor JAMES HUMBERTO FLOREZ SERNA o quien haga sus veces, existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada por el periodo comprendido entre el 27 de agosto de agosto de 2015 y el 30 de noviembre de 2015, contrato que fue cedido a la demandada GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S. el día 01 de diciembre de 2015, en consecuencia se DECLARA que entre el señor ADUER GERSON RODRÍGUEZ ESPAÑA identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.606 y la demandada GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S. representada legalmente por el señor ANTONIO JOSE SANCHEZ FERNANDEZ o quien haga sus veces existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2015 y el 29 de septiembre de 2016, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO CONDENAR a la demandada la demandada GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S. representada legalmente por el señor ANTONIO JOSE SANCHEZ FERNANDEZ o quien haga sus veces a REINTEGRAR al demandante señor ADUER GERSON RODRÍGUEZ ESPAÑA identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.606, la suma de \$1.777.357 por concepto de CRÉDITO COOPERATIVA COEMPOPULAR de la liquidación final de sus prestaciones sociales descontados de forma ilegal y sin previa autorización del demandante, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO CONDENAR a la demandada GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S. representada legalmente por el señor ANTONIO JOSE SANCHEZ FERNANDEZ o quien haga sus veces a pagar al demandante señor ADUER GERSON RODRÍGUEZ ESPAÑA identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.606, la indemnización moratoria prevista en el Art. 65 del C.S.T. la cual se concreta en un día de salario por cada día de retardo, por valor de \$23.946 a partir del 30 de septiembre de 2016 y hasta el 30 de septiembre de 2018, para un total de \$17.241.120 y a partir del 01 de octubre de 2018 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación

certificados por la Superintendencia Financiera, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO DECLARAR no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la demandada GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S., el Despacho se releva del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por esta demandada, DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A. propuesta por la demandada conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO ABSOLVER a la demandada COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A. todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor ADUER GERSON RODRÍGUEZ ESPAÑA identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.606, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO ABSOLVER a la demandada GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor ADUER GERSON RODRÍGUEZ ESPAÑA identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.431.606, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO CONDENAR en costas a la demandada GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S. dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin costas a cargo de la demandada COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN SERDAN S.A. ...”.

III. RECURSOS DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(...) Me baso fundamentalmente en el hecho de que la decisión que tomó su despacho al considerar que el despido fue con justa causa, me aparto de esa decisión porque es que señoría, el despido efectivamente no fue con justa causa, porque hay que analizar realmente lo que sucedió aquí estamos hablando de que se está acusando de que el despido fue con justa causa debido a que el sustrajo dos toallas sucias de la basura intentó sacarlas, no sacarlas, utilizarlas en su moto, y por eso fue sancionado con ese despido y que efectivamente el reconoció como su señoría lo dijo no se trata aquí de establecer si el hecho sucedió el hecho de que el cogió dos toallas sucias de la basura si se dio pero ese hecho no tiene la importancia ni la relevancia para ser determinado como una justa causa para terminar el contrato, analicemos que estas son toallas que estaban en la basura no era un elemento de la empresa, cuando una empresa cuando una persona desecha algo y lo arroja a la basura lo está sacando del imperio de su jurisdicción de su mandato, lo está botando a la basura para que cualquier persona lo coja, es basura que no hace ya parte del inventario de la empresa no hace parte de la empresa misma, es basura que cualquier persona puede coger y utilizar, además señoría miremos la entidad de la gravedad aquí, no hay dolo no hay mala fe, no hay ningún aprovechamiento económico para el trabajador que estaba sacando esas dos toallas ni causó ninguna incidencia en el patrimonio de la empresa coger dos toallas que escasamente cupieron en el bolsillo de atrás del pantalón no eran 100 toallas, 50 toallas un paquete eran dos toallas sucias que el metió en el bolsillo de su pantalón para limpiar la moto porque estaba lloviendo, eso no le causo ningún perjuicio ni ningún orden a la empresa, eso era un elemento que estaba botado en la basura y por lo tanto ya no hacía parte de la empresa no tiene este el apropiamiento de esas dos toallas la entidad de causar un perjuicio o estar configurado dentro de las causales que establecía el contrato o el reglamento interno del trabajo como se apropiara de alguna cosa de la empresa pues como se dijo ya estaba por fuera de la empresa, era basura que cualquier persona podía recoger sin ninguna consideración porque ya no eran de la empresa, tradicionalmente su señoría no tomamos en cuenta la verdadera intención que aquí se está viendo, vemos que efectivamente si existía una discriminación con el trabajador porque el primero ejercía una labor, una labor donde utilizaba todas sus fuerzas y todas sus capacidades físicas como un hombre joven para la empresa, pero luego del accidente y luego de las recomendaciones dadas por la ARL, lo tienen que limitar a un puesto en el cual no correspondía con sus condiciones para el cual fue contratado y por eso la empresa trata de sacarlo es que su señoría hay otro antecedente que no tuvimos en cuenta, fijémonos que desde siempre ha existido la intención de la empresa de sacarlo después del accidente tanto así que existe dentro del expediente prueba de cómo la empresa solicitó al Ministerio del trabajo una autorización para despedirlo que el

Ministerio le negó y como lo negó entonces la empresa busca una forma subsidiaria otra forma de implicarlo en otra situación para poder justificar su despido porque el despido con justa causa era la única forma de sacarlo sin que se viera afectado por estabilidad laboral que él tenía al tener su enfermedad, entonces vemos que la empresa aprovecha de mala fe estas circunstancias de que llevaba unas cosas de la basura, una basura, que perteneció antes a la empresa pero que ya no porque era basura y aprovecha esta circunstancia para justificar el despido, qué perjuicio pregunto yo señorita le causó a la empresa que el sacara dos toallas de escasos cms de tamaño en su bolsillo sucias, llenas de grasa para que eso justifique que le hubiese causado un perjuicio a la empresa de tal entidad que justificara el despido, veamos como no solamente en el expediente también se dijo las otras actividades que llevaron a ese despido que en el ascensor el entre y justamente lo revisan para encontrarle un sándwich que le meten media botella de licor para justificar son justificaciones que la empresa estaba buscando para buscar ese despido por lo tanto reitero esa circunstancia de haberse tomado esa toalla de la basura que es el elemento que utiliza la empresa como justificante para el despido sin justa causa, no tiene la entidad de ser configurado como elemento justificativo y como dijo esos elementos ya no pertenecen a la empresa estaban en la basura, y esto es importante además porque esa declaratoria de la causa del despido sea justa o injusta esto nos lleva también a hablar de la estabilidad reforzada si efectivamente el hecho del índice del 15% que no alcanza a cumplirlo GERSON EDUER (sic) por el índice que se le dio el hecho de que se hubiese dado un despido sin justa causa si tendría la entidad para tener que ser reintegrado a sus labores. Por lo tanto, el despido sin justa causa incide no solamente en la declaratoria como tal sino también en que se le otorgue la estabilidad reforzada ya que al ser sin justa causa del despido no requeriríamos las donaciones del nivel de discapacidad por lo tanto al revocarse esta decisión se revocaría uno y otro tema. Gracias su señorita ...”.

Igualmente, la apoderada de la demandada, GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S., interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

“El juzgado consideró que la compañía había actuado de manera ilegal al haber deducido de la liquidación final de acreencias laborales del demandante un monto equivalente a \$1.770.357,00 con el fin de pagar el crédito adquirido por el mismo demandante frente a la cooperativa Coempopular y esto lo consideró así el juzgado porque no se demostró, o en su criterio no se demostró haber contado con la autorización de descuento por parte del trabajador para realizar dicha deducción de su liquidación final de acreencias laborales.

Pues bien, lo que quisiera poner de presente a los HM del Tribunal, es que se equivocó la juez de primera instancia al proferir este aparte puntual de la decisión y se equivocó por la simple razón de que los descuentos realizados por el empleador para cubrir deudas con cooperativas como es el caso de Coempopular que es justamente el escenario que nos ocupa en el presente litigio, no requiere autorización de descuento por parte del trabajador y no lo requiere por expresa disposición legal.

En efecto señora juez y señores magistrados me permito leer el artículo 59 en su numeral 1º y en particular el literal b) lo voy a leer todo completo para que tenga lógica y se entienda el argumento. Artículo 59. prohibiciones a los patronos se prohíbe a los patronos, numeral primero deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes, entonces notemos que la norma está hablando de que se requiere una autorización o un mandamiento judicial tal y como lo mencionó la señora juez en la sentencia pero establece una serie de excepciones que lo que quiere decir es exactamente eso que no se requiere la autorización de descuento, pero establece una serie de excepciones que lo que quiere decir es exactamente eso, que no se requiere la autorización de descuentos y nos vamos al literal b) Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta de un cincuenta por ciento de salarios y prestaciones, para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos que la ley las autorice, queda entonces demostrado que la misma ley, repito el artículo 59 numeral primero literal b), establece como excepción a la obligación de descontar con autorización de descuentos,

aquellas deducciones que vayan destinadas a cubrir un crédito con una cooperativa y esa misma norma vale la pena aclarar no hace referencia únicamente a salarios sino que también menciona prestaciones sociales por lo cual la compañía tenía una habilitación legal para realizar el descuento que efectivamente realizó en la liquidación final de sus acreencias laborales y me refiero al demandante.

Además de lo anterior, la honorable juez, consideró que la compañía había actuado de mala fe, en el presente proceso o frente al demandante, y al respecto es importante que los HM del tribunal tengan en cuenta la reiterada jurisprudencia de la SCLCSJ que ha señalado que la buena fe exige al patrono de la indemnización moratoria, y para eso resulta ilustrativa una sentencia del 5 de junio del 72 que señala abro comillas para la sala la condena a indemnización moratoria no es ni automática ni inexorable, para imponerla es necesario (...), y acá quiero denotar esta parte de la sentencia. Lo anterior significa que, para la Corte, el elemento de buena fe está implícito en las normas que consagran la indemnización por mora y por tanto para su imposición debe siempre estudiarse el móvil de la conducta patronal, si en ella aparece la buena fe es decir la razón atendible para la insatisfacción de una deuda laboral no se impondrá la sanción por ello que al estudiar el ataque anterior se expresó la citada indemnización ni es automática ni es inexorable.

Pues bien en el presente caso la juez se abstuvo de valorar y de analizar cuál fue el móvil de la conducta patronal en este caso, y en este caso la compañía jamás se apropió de la plata que dedujo al trabajador el móvil de la compañía era cumplir con una obligación en especial pues con un crédito que el mismo demandante confesó tener frente a la cooperativa antes mencionada, específicamente la cooperativa Cooempopular y esto lo confesó el demandante en el interrogatorio de parte cuando la juez misma le preguntó usted tenía un crédito con la cooperativa, a lo que él afirmó Si yo tenía un crédito con la cooperativa la compañía jamás se apropió de estos dineros, no hizo la deducción por una decisión de ella pues el mismo demandante se había comprometido a pagar un crédito con una cooperativa que tiene un tratamiento legal especial en nuestro CST como ya lo vimos, la misma juez en la sentencia reconoció que la moratoria no aplica de manera automática y el hecho de haber fundamentado su decisión en no existir una autorización de descuento, autorización que repito, no se requiere por la misma ley, según lo dejé sentado anteriormente se llega justamente a la aplicación automática del artículo 65 cada vez que no exista autorización de descuento por parte del trabajador entonces voy aplicar la moratoria porque el descuento es ilegal, eso hace que una interpretación como esa lo que hace es que la indemnización del artículo 65 del CST justamente esté siendo aplicada de manera automática. Es importante también mencionar que la buena fe de la compañía es una buena fe que además se presume por mandato constitucional, y deben obrar pruebas claras contundentes en el proceso, que desvirtúen ese principio de buena fe, cosa que no pasó en este caso, y por lo tanto resultaba improcedente cualquier condena de indemnización moratoria, no sólo porque la compañía no necesitaba la autorización de descuento que el juzgado en esta ocasión extrañó, sino también porque no se apropió de esos dineros, no hubo un móvil defraudatorio en la deducción cosa que hace improcedente la moratoria. Y finalmente no quiero dejar pasar este recurso de apelación sin mencionar que es de vital importancia que el tribunal tenga en cuenta que el presente proceso ni siquiera versaba sobre los descuentos que se hizo o no a la liquidación del contrato de trabajo y de acreencias laborales del demandado, si bien es cierto que en la fijación del litigio que se hizo en la audiencia del artículo 77 del CPT SS quedó como pretensión subsidiaria y como problema jurídico subsidiario determinar si se habían pagado las acreencias laborales al demandante en cuantía completa lo cierto es que una fijación del litigio de esa apertura tiene que estar ligada con los hechos que alega el demandante en el escrito de demanda y habiendo revisado uno a uno los hechos demandados o los hechos incluidos por el demandante en su escrito de demanda se denota que jamás cuestionó la deducción que había sido hecha por la compañía a su liquidación final de las acreencias laborales como consecuencia y en la medida en que estos jamás estaba en los hechos de escrito de demanda la compañía simplemente no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esa situación, de negarla, aceptarla y de aportar el material probatorio que pudiera demostrar su posición al respecto, esto sin duda es una violación al derecho constitucional, al debido proceso y de defensa de la compañía razón por la cual debe ser tenido en cuenta por los HM del tribunal, al momento de decidir este recurso de apelación.

En esa medida le solicito al TSB que revoque de manera parcial la decisión que acaba de proferir el juez de primera instancia en torno a dos puntos en particular, el primero el respectivo al descuento ilegal, el cual como se mencionó no lo fue y en segundo en relación, con la condena a la indemnización moratoria por cuanto no existió mala fe de la compañía en este caso lo cual conllevará inexorablemente a que se revoquen las costas procesales impuestas a la compañía en esta instancia. En estos términos dejo sentado mi recurso de apelación.

La Juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *Lorenzo Torres Russi* (PDF 02ActaReparto cuaderno Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación; y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 6 de febrero de 2023 (PDF 09ActaReparto cuaderno segunda instancia).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término correspondiente para alegar en segunda instancia, la demandada Gate Gourmet Colombia S.A.S., presentó en los siguientes términos:

“...I. El descuento realizado por la Compañía al Demandante en su liquidación final de acreencias laborales fue legal.

1. Es evidente que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. (el "Juzgado") se equivocó al considerar que el descuento que realizó la Compañía a la liquidación final de acreencias laborales del Demandante, bajo el concepto de "Crédito Cooperativa COEMPOPULAR", fue ilegal. Según la Juez de primera instancia, la Compañía no demostró que el Demandante le hubiere autorizado la realización de tales descuentos.

2. Pues bien, es evidente que la Compañía no demostró que el Demandante le hubiere autorizado la realización de tales descuentos, precisamente porque el objeto del presente litigio no se relacionó, en lo absoluto, con tal situación. Si bien dentro de la fijación del litigio realizado por el Juzgado de primera instancia, éste debía establecer si se adeudaba algún tipo de acreencia laboral a favor del Demandante, tal problema jurídico debía ser resuelto, única y exclusivamente, en el marco de un eventual reintegro del Demandante o, subsidiariamente, del pago de la indemnización legal por despido.

3. Si bien los Jueces del Trabajo tienen facultades ultra y extra petita, éstas se deben ejercer en un marco de respeto por el derecho de contradicción del demandado en un litigio judicial. Y es que, H. Magistrados, resulta abiertamente desproporcionado y violatorio de los derechos fundamentales a la defensa y contradicción de la Compañía, establecidos en el artículo 39 de nuestra Constitución Política, que ésta tenga que

defenderse de situaciones que no tienen absolutamente nada que ver con las pretensiones del proceso.

4. Si las deducciones y descuentos a la liquidación final de acreencias laborales del Demandante no eran parte del objeto del litigio, ¿por qué la Compañía tendría la carga de probar que el Demandante sí dio su autorización para la realización de tales descuentos? Y es que el artículo 168 del Código General del Proceso, aplicable al proceso laboral por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, indican que las pruebas deben referirse al asunto materia del proceso y que "el juez rechazará mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".

5. Es evidente que, con las pretensiones de la demanda y la fijación del litigio, hubiera sido abiertamente impertinente e inconducente que la Compañía aportara la autorización de descuento que le concedió el Demandante para realizarle los descuentos, con el fin de pagar la deuda que adquirió con la Cooperativa COEMPOPULAR, pues en nada se relaciona este documento con lo que se discutió en el proceso y con las expectativas que tenía el Demandante en su demanda contra la Compañía.

6. Ahora bien, si en gracia de discusión se considera que el descuento realizado por la Compañía a la Cooperativa COEMPOPULAR debió haber sido objeto de análisis por el Juzgado, lo cierto es que el fallo de primera instancia está indebidamente fundamentado. En efecto, la Juez citó como justificación para su decisión el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo, que se refiere a los descuentos prohibidos al salario de los trabajadores. Nótese que estos descuentos son respecto del salario y no de la liquidación final de acreencias laborales de los trabajadores. La H. Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que ambos supuestos son diferentes, tanto así que, cuando se hacen descuentos a la liquidación final de acreencias laborales, no aplican los límites previstos por las normas laborales, pues éstas aplican única y exclusivamente al pago mensual del salario.

7. Pues bien, la Juez perdió de vista que, en el caso concreto, no debía aplicar los artículos 149 y 150 del Código Sustantivo del Trabajo, como erradamente lo hizo, sino el literal b) del numeral 1 del artículo 59 de ese mismo Estatuto Laboral, que expresamente dispone que es una excepción a la obligación de contar con autorización previa y por escrita de los trabajadores, los descuentos que se realizan para cubrir créditos con Cooperativas, lo cual sucedió precisamente en este caso concreto.

8. Sobre este punto, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia: "(...) Es indispensable entonces que cuando se discuta en juicio sobre la legalidad o ilegalidad de retenciones, deducciones o compensaciones de esta índole y llegue el momento de dirimir el litigio, que el sentenciador examine si se ha demostrado la existencia del motivo legalmente admisible para hacerlas, y si se adujo o no la autorización previa y escrita del empleado o, a falta de ella, la obligación legal de retener impuesta al patrono el mandamiento judicial el permiso del inspector del trabajo o la orden de cooperativa regularmente establecida (...)".¹ [Subrayas y negritas por fuera del texto original de la sentencia]. Es evidente entonces que, para cubrir créditos con Cooperativas, el empleador no requiere autorización del trabajador previa y por escrito, pues es justamente una excepción a tal regla general. Situación que escapó de vista de la Juez de primera instancia, y que el Tribunal deberá enderezar en el fallo de segunda instancia en el proceso, al revocar este aparte de la decisión.

II. No se demostró que la Compañía hubiere obrado de mala fe y, por lo tanto, no hay lugar a la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo

1. Además de lo anterior, el Juzgado consideró que la Compañía había actuado de mala fe, simple y llanamente por considerar que del monto de la liquidación final de acreencias (1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10

de agosto de 1976. M.P. Jerónimo Arguez Castello), laborales la Compañía había realizado un descuento que no fue autorizado. Esta conclusión es tanto como aplicar de manera automática lo previsto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual está expresamente prohibido por nuestra normatividad.

2. Y es que simplemente por hacer un descuento supuestamente no autorizado por el Demandante a su liquidación final de acreencias laborales, no se puede llegar a la inexorable conclusión de que la Compañía obró de mala fe, menos aún cuando el destino de tal descuento fue el de cubrir un crédito que el mismo Demandante adquirió con una Cooperativa de Ahorro, en este caso, COEMPOPULAR, y en cuya adquisición la Compañía no tuvo absolutamente nada que ver.

3. Resulta ilustrativa para el presente caso la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral 2. que señala: "Para la Sala la condena a indemnización moratoria, no es ni automática ni inexorable. **Para imponerla es necesario que en forma palmaria aparezca que el patrono particular o el oficial, haya obrado de mala fe al no pagar a su trabajador a la terminación del contrato de trabajo lo que le adeuda por salarios y prestaciones por estos conceptos e indemnizaciones en su caso. Pero si prueba que con razones atendibles no ha hecho ese pago, se coloca en el campo de la buena fe que lo exonera de la indemnización por mora.**

Se ha insistido de manera uniforme en punto a predeterminar la causalidad de la indemnización moratoria en la mala fe **y la temeridad del patrón** al par que la jurisprudencia ha erigido la buena fe, que ampara inclusive el estado de duda razonable, como eximente de aquella. **Lo anterior significa que para la Corte el elemento buena fe está implícita en las normas que consagran la indemnización por mora, y por tanto para su imposición debe siempre estudiarse el móvil de la conducta patronal. Si en ella aparece la buena fe, es decir la razón atendible para la insatisfacción de una deuda laboral, no se impondrá la sanción.** Por ello que al estudiar el ataque anterior se expresó la citada indemnización ni es automática ni inexorable." [Subrayas y negritas por fuera del texto original de la sentencia].

4. Pues bien, en este caso, la Juez de primera instancia ni siquiera se ocupó de analizar cuál fue el móvil de la conducta de la Compañía al realizar los descuentos supuestamente ilegales a la liquidación final de acreencias laborales.

5. Y este análisis es clave en el proceso, pues es evidente que la Compañía no se apropió del dinero que descontó al Demandante de su liquidación final de acreencias laborales, sino que, por el contrario, se lo entregó a la Cooperativa COEMPOPULAR para cubrir una deuda que el mismo Demandante había adquirido y que éste CONFESÓ tener frente a dicha Cooperativa en el interrogatorio de parte, al responder preguntas que la misma Juez le hizo de oficio.

6. Así pues, es evidente que el móvil de la Compañía al descontar la suma de COP \$1.777.357 de la liquidación final de acreencias laborales del Demandante no fue fraudatorio y, al contrario, fue legal, pues ésta tenía la obligación de realizar los descuentos que hizo al Demandante, para evitar que la Cooperativa la declarara como solidariamente responsable de las deudas del Demandante, tal y como lo prevén las disposiciones aplicables para el evento en que el empleador omite hacer los descuentos ordenados por la Cooperativa. (2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de fecha 05 de junio de 1972),

7. De acuerdo con todo lo anterior, es obvio que la Compañía actuó de buena fe, buena fe que, entre otras cosas y por expresa disposición constitucional se presume, por lo que resulta improcedente cualquier condena de indemnización moratoria en este caso, y así lo deberá declarar el H. Tribunal.

III. El Demandante no tenía la condición de discapacitado al momento de la terminación de su contrato de trabajo

1. Aspectos a resaltar del fallo de primera instancia:

a) Tal y como lo señaló el Juzgado en el fallo de primera instancia, al momento de la terminación del contrato de trabajo del Demandante, éste no reunía los requisitos para

considerarse como un discapacitado y, por lo tanto, no era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

b) El Juzgado fue claro en señalar que, de tiempo atrás, la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que, para que opere la garantía de estabilidad reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 antes mencionada, se requiere que se reúnan los siguientes requisitos, de manera concomitante: i. Que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%; ii. Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y iii. Que el despido sea con motivo o con ocasión de la situación de salud del trabajador.

c) Y es que así lo ha determinado la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia que fue debidamente citada por el Juzgado en el fallo de primera instancia, a la que además se le adiciona la sentencia con número de radicado 35606 del 25 de marzo de 2009, señaló: "(...) Surge de lo expuesto que **la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361**, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, **se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada.** (...). De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **(i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación "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 minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (...).** [Subrayas y negritas por fuera del texto original de la sentencia].

d) En el caso bajo estudio se advierte que, al momento de la terminación del contrato de trabajo, el único dictamen de pérdida de capacidad laboral que se había emitido era el de la Administradora de Riegos Laborales AXA Colpatria, en la que determinó que el Demandante tenía una pérdida de capacidad laboral del 0.0%. Claramente, no puede ser discapacitado una persona que no tiene pérdida de capacidad laboral alguna.

e) Si bien el día 22 de agosto de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, D.C., determinó que el Demandante tenía una pérdida de capacidad laboral del 8.7%; y en dictamen de fecha 07 de mayo de 2018, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez subió este porcentaje a 13.7% (visibles a folios 179 y siguientes del expediente); lo cierto es que: (i) esta pérdida de capacidad laboral no alcanza a ser moderada; y (ii) se dio con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo del Demandante, por lo que la Compañía no tenía cómo saber sobre la pérdida de capacidad laboral de éste.

f) Fue después de este análisis que, de manera acertada, la Juez de primera instancia concluyó que, al momento de la terminación del contrato de trabajo del Demandante, éste no tenía la condición de discapacitado, por lo que no le era aplicable la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

2. Aspectos adicionales a ser tenidos en cuenta por el H. Tribunal:

a) Al análisis realizado por el Juzgado de primera instancia, vale la pena adicionar que, en el presente caso, no puede operar la protección pretendida por el Demandante porque la Compañía no terminó su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, que es la causal de terminación que se requiere para que opere la protección.

b) Al contrario, en el presente caso la Compañía terminó el contrato de trabajo del Demandante por justa causa debidamente comprobada, según quedó suficientemente demostrado en el juicio y reconocido por el Juzgado en el fallo de

primera instancia. Sobre este punto, nos pronunciamos más ampliamente en la Sección II siguiente.

c) Tanto la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como la H. Corte Constitucional, han sido claras en señalar que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en un motivo discriminatorio. Sobre este punto, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia: "(...) Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, **quien alega una justa causa del despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva** (...). (...) en tal dirección que, a juicio de la Sala, debe ser comprendida la proyección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. **Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada (...).** "(...) Aquí vale la pena subrayar que la estabilidad laboral reforzada no es un derecho a permanecer a perpetuidad en el empleo, sino el derecho a seguir en él hasta cuando exista una causa objetiva que conduzca al retiro (...)"³. (3 Sala de Casación Laboral. Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicado No. 53394 del 11 de abril de 2018)

d) Pues bien, es evidente entonces que, en el presente caso, la terminación del contrato de trabajo del Demandante no pudo haber sido discriminatoria pues, tal y como se demostró en la etapa probatoria del pleito, la Compañía terminó con justa causa el contrato de trabajo del Demandante después de comprobar que éste había incurrido en una falta grave a sus obligaciones como trabajador de la Compañía.

Por las razones anteriormente expuestas, deberá el H. Tribunal confirmar el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado, en cuanto absolvió a la Compañía a reintegrar al Demandante y pagarle salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás acreencias laborales durante el tiempo en que estuvo cesante.

IV. La Compañía demostró la existencia de una justa causa debidamente comprobada para la terminación del contrato de trabajo del Demandante

1. Quedó suficientemente probado en el proceso que la terminación del contrato de trabajo del Demandante ocurrió con justa causa comprobada, debido a las faltas graves en que incurrió el Demandante en vigencia de la relación laboral. En efecto, el Demandante trató de sustraer de las instalaciones de la Compañía, a escondidas y sin permiso de ninguno de sus superiores jerárquicos, unas toallas de propiedad de uno de los clientes de la Compañía, a saber, LAN (hoy LATAM).

2. En el expediente, los H. Magistrados encuentran material probatorio que da cuenta de que:

a) El Demandante cometió faltas lo suficientemente graves para que la Compañía terminara su contrato de trabajo con justa causa.

b) Las faltas cometidas por el Demandante estaban debidamente tipificadas en el Reglamento de Trabajo de la Compañía, el acuerdo de cesión del contrato de trabajo firmado por el Demandante, el Formato APFE-008 abiertamente conocido por el Demandante y en el Código Sustantivo del Trabajo. En todos los documentos laborales previamente mencionados, la falta cometida por el Demandante se calificó como grave (folios 169 - 176 y 300 - 324 del expediente).

c) La Compañía cumplió con la totalidad de requisitos legales y jurisprudenciales cuando adelantó el proceso disciplinario al Demandante (folios 254 a 258).

d) El Demandante rindió sus descargos de manera libre y espontánea y no presentó pruebas para controvertir los cargos formulados en su contra (folios 59 a 61 del expediente).

e) De hecho, el Demandante confesó las faltas cometidas durante la diligencia de cargos y descargos de fecha 15 de julio de 2016 (folios 59 a 61 del expediente y confesión surtida en el interrogatorio de parte practicado en la audiencia de pruebas en el proceso), cuando afirmó que, sin tener permiso de ningún superior jerárquico, él decidió tomar las toallas que no eran de su propiedad ni le habían sido entregadas de forma alguna, para su uso personal (desatorar la cadena de su moto) y, en esa medida, intentó sacarlas de las instalaciones de la Compañía sin ningún tipo de autorización para el efecto. f) La Compañía terminó el contrato de trabajo del Demandante por justa causa que fue previamente comprobada (folios 283 y 284).

3. La conducta del demandante fue previamente tipificada como grave por las partes en el Reglamento de Trabajo de la Compañía, el acuerdo de cesión del contrato de trabajo firmado por el Demandante y el Formato APFE-008. En esta medida, tal y como lo afirmó acertadamente el Juzgado, no podía la Juez entrar a evaluar si la conducta en que incurrió el Demandante fue o no grave, pues ya las partes le habían dado tal calificativo con anterioridad en los documentos laborales previamente mencionados. Teniendo en cuenta lo anterior, deberá el H. Tribunal confirmar la sentencia de primera instancia proferido por el Juzgado, en cuanto negó la indemnización legal por despido prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, a favor del Demandante. (PDF 05Alegatos Parte Demandada Cuaderno Segunda Instancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, y la demandada Gate Gourmet Colombia S.A.S., teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, de lo referido por los voceros judiciales en la sustentación del recurso, se advierte que el debate en esta instancia se centra en determinar si: **(i)** se acreditó la justa causa invocada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo y de acuerdo con lo resuelto si se presentan las circunstancias para la protección del fuero de salud; **(ii)** si en los hechos de la demanda se controvertió la deducción que realizó la demandada en la liquidación de prestaciones sociales, y en caso de estimarse, examinar si se realizó de acuerdo con la ley, y en consecuencia dependiendo el resultado si procede la indemnización moratoria.

Es necesario dejar sentado que no se presenta discusión en esta existencia sobre la existencia de los contratos de trabajo que declaró la Juez, así como la circunstancia de que la demandada Gate Gourmet Colombia S.A.S, dio por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo, invocando justa causa, el 30 de septiembre de 2016.

Con relación a la inconformidad del demandante en el sentido de que no está probada la justa causa, pues “... el hecho no tiene la importancia ni la relevancia para ser determinado como una justa causa para terminar el contrato, analicemos que estas son toallas que estaban en la basura ...”, además que se debe examinar la entidad de la gravedad ya que no hay dolo, ni mala fe, no hay aprovechamiento económico, ni causó incidencia en el patrimonio de la demandada.

La demandada, como se dijo, dio por terminado el contrato de trabajo, de manera unilateral, el 30 de septiembre de 2016, en la misiva se señala, entre otras cosas, que. “... El día 23 de septiembre de 2016, cuando el área de seguridad realizaba la requisita de salida a los funcionarios de la planta a usted se le encontró dos toallas camufladas en el bolsillo trasero del pantalón, elementos que se abordan en la aerolínea LAN, intentando sustraerlas de las instalaciones de la empresa. Con las anteriores conductas usted infringió presuntamente el Reglamento Interno de trabajo en su numeral 8, 35, 37 del artículo 55, y numeral 1 del artículo 57, y el artículo 9 del formato APFE-F008, normatividad que establece las siguientes obligaciones especiales de los trabajadores de la empresa: ...” (PDF 01 Expediente Digital. Folios 78-79 y 322-323).

La Juez de primera instancia sobre el particular, de manera general, después de precisar la normatividad que regula la terminación del contrato de trabajo, la carga de la prueba y la doctrina probable establecida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 35105 de 2009, 38852 de 2012, 39518 de 2012, 12438 de 2015 reiteradas en la decisión SL 672 de 2019, en el entendido que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenios colectivos, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en donde se estipulan esas infracciones con ese calificativo por ello cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos implica una violación en

lo dispuesto en esos actos que si se califican de grave constituyen causa justa para fenecer el contrato; no puede el juez unipersonal entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta, es decir basta con que se demuestre con claridad en el proceso que se hiciera de antemano aquella valoración de gravedad la acreditación del hecho para tener por justo el despido, de otra parte indica que la alta corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal A artículo 62 del CST, esto es la violación grave de la obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 del CST cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador le corresponde al juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al juez solo le corresponde verificar si se dio no la conducta en rostrada, tal y como lo reafirmo la Corte recientemente en la sentencia 672 de 2019, 2342 de 2019, 3447 de 2019, 3196 de 2019 entre otras. Luego aludió a la carta de terminación del contrato de trabajo, dando lectura a la misma. Entro a analizar la conducta del demandante, y que como prueba expresó que obra acta de descargos de fecha 30 de septiembre de 2016, mediante la cual se escuchó al demandante con ocasión al hecho expuesto en la carta de terminación de su contrato de trabajo véase a folios 59 a 62 y 79 a 82, aludió a varias preguntas y respuestas dándole lectura, para luego afirmar que con base en lo anterior se evidencia que la conducta endilgada por la demandada Gate Gourmet para la terminación de su contrato de trabajo efectivamente fue cometida por el actor, como quiera que en la diligencia de descargos reseñada en precedencia acepto haber sustraído de la empresa par de toallas que encontró en la basura cuando se encontraba en el Vestier de los hombres y que al salir de la empresa lo requisaron encontrándole dos toallas en el bolsillo trasero de su pantalón es decir dicha conducta la cometió estando dentro del horario de su trabajo, las cuales intento sustraer de la empresa para beneficio propio, sin autorización de su jefe directo y sin el permiso correspondiente, conducta que de igual forma fue aceptada por el señor Adver al

absolver el interrogatorio de parte, toda vez que manifestó que el tercer memorando que le realizó Gate Gourmet fue porque estaba “descanecando” ya que era su función la de la basura, bajar las canastas para lavarlas, a la hora de su salida sacó dos toallas pequeñas de la basura que estaban usadas las cuales considero que porque estaban en la basura eran para votar, que las sacó las metió en su bolsillo para limpiar la moto porque estaba lloviendo que por tal motivo le hicieron dicho memorando y que le indicaron que se las estaba robando y que lo llamaron a descargos diligencia en la cual le indicaron que era política de la empresa que no se podía retirar de la misma nada, por lo dicho resulta fácil concluir que el trabajador demandante faltó a sus obligaciones contractuales de manera especial las contenidas en los numerales 8, 35, 37 del artículo 55 que lo obligaban a ejecutar el contrato de trabajo de buena fe, con honestidad, a utilizar las herramientas materias primas solo en beneficio de la empresa en las actividades que le eran propias con plena lealtad ante esta y a no retirar de las instalaciones de la empresa bienes de su propiedad sin la previa autorización de jefe inmediato numeral 1 artículo 57 del RIT de Gate Gourmet que le prohíbe sustraer de la fábrica, taller o establecimiento los útiles de trabajo, materias primas o productos elaborados o cualquiera de los demás bienes de la empresa sin el correspondiente permiso, desafortunado que también corresponde esos bienes de la empresa los que están en la basura, de ahí entonces el incumplimiento, advirtiéndose además que si bien las anteriores obligaciones y prohibiciones en que incurrió el extrabajador no se configuran como faltas graves conforme al reglamento interno de trabajo, lo cierto es que la gravedad de dichas faltas quedo establecida en el acuerdo de cesión del contrato de trabajo personal ordinario suscrito entre las partes el 1 de diciembre de 2015, mediante el cual la demandada SERDAN SA, cedió el contrato de trabajo del demandante a la demandada Gate Gourmet a partir de dicha calenda, acuerdo que tuvo el consentimiento expreso de ver en dicho documento su respectiva firma, folios 249 estableciendo en su numeral 10.7 lo siguiente: son justas causas para terminar el contrato de trabajo unilateralmente aquellas establecidas por la ley en especial las consagradas en el artículo 7 de Decreto 2351 de 1965, las establecidas en el RIT del cesionario, los códigos, reglamentos, políticas, procedimientos incluyendo aquellos de

carácter disciplinario y además parte del cesionario las siguientes faltas que para estos efectos se califican desde ahora como graves la violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones legales, obligaciones contractuales, o reglamentarias o de una orden que le imparta el cesionario, y retirar de las instalaciones del cesionario elementos, maquinas, útiles, papelería o cualquier material objeto de propiedad del cesionario sin previa autorización por escrito, en consecuencia se puede concluir que la empresa demandada Gate Gourmet si demostró la causal invocada como justa causa para el despido del trabajador las cuales se encuentran calificadas como graves en el acuerdo suscrito entre las partes, por lo que al juez en el presente caso no le es dado entrar a calificar la gravedad de las conductas endilgadas como quiera que fue pactado previamente por las partes en la cesión del contrato laboral suscrito el 1 de diciembre de 2015, en consecuencia absuelve a la demandada de esta pretensión.

Así las cosas estima la Sala, que le asiste razón a la funcionaria de primera instancia, toda vez que se encuentra acreditado por la confesión del demandante que incurrió en la conducta que se le atribuye de intentar sustraer de la demandada dos toallas, tal como se evidencia del contenido del acta de descargos (PDF 01ExpedienteDigial folios 74-77), y lo expresado al absolver el interrogatorio de parte, y podría decirse que tal hecho se admitió en la demanda e igualmente el recurrente ya que no cuestiona tal supuesto, sino la entidad de la gravedad del mismo.

Es de resaltar frente a dicho comportamiento que en la demanda subsanada en el punto 3.24 se indica que el demandante en la *“diligencia de descargos sobre unas toallas que se le encontraron en el pantalón al señor Aduer Rodríguez, al momento de salir de la compañía, este respondió que las toallas estaban en la basura, las necesitaba ya que su moto tenía atorada la cadena y por esto iba a utilizar las toallas para arreglarla, ...”* (PDF 01ExpedienteDigital folio122)

En la diligencia de descargos realizada el 30 de septiembre de 2016, el demandante en una respuesta señaló *“... el 23 de septiembre de 2016 venia de vestirme en los vistieres de hombre. Y en el momento me encontré cuatro toallitas en la basura. Pensé*

que como estaban sucias no tenía ningún problema de agarrarlas para mi servicio. Tenía como problema que a mi moto se le había salido la cadena. Y como estaban en la basura, pensé que no había ningún problema en agarrarlas y sacarlas de la empresa, para así cuadrar la cadena de mi moto, no agarrándola con mi propia mano y llenarla de grasa"..."; más adelante al preguntarle si era consiente que las toallas no son tuyas? Contesto "Si. Nadie me las compró, nadie me la regaló." (PDF 01ExpedienteDigital folio 76).

En el interrogatorio de parte que absolvió el actor, al ser preguntado por la juez de primera instancia, narra sobre tres memorandos que le pasaron por varios sucesos, y frente al tercer memorando, expuso (PDF 03Audiencia Virtual Artículo minuto 41.59 a 43.04) *"...el tercer memorando eh eran ahí si era como de seis a dos de la tarde, era el tercer memorando cuando yo, ahí me tocaba era que le dijo estaba "descanecando" yo normalmente normal porque esa era mi función de lo de la basura "descanecar" bajar las canastas para lavado y todo eso, a la hora de salir yo saque dos toallitas unas toallitas pequeñas de la basura estaban sacadas y estaban hasta sucias unas pequeñas estaban ya votadas en la basura porque uno considera y allá se sabe que esas cosas cuando ya salen de ahí ya están ahí en la basura son para votarlas entonces yo agarré dos porque como estaba lloviendo para limpiar la moto y las metí al bolsillo porque yo ni siquiera las escondí en otro lado sino en el bolsillo iban visible de cualquiera las podía mirar entonces por eso me hicieron el memorando que yo me las iba robando y eso fue el despido ..."*

Como se dijo el demandante reconoce que cogió dos toallas y las iba a sacar de la empresa. Sobre el motivo por el cual realizo dicha conducta no existe coincidencia, pues lo expresado en la demanda y en la diligencia de descargos no concuerda con lo dicho al momento de absolver el interrogatorio de parte, en las dos primeras señaló que era para arreglar la moto que tenía dañada la cadena, y en el ultima, en el interrogatorio de parte, señala que tenía como objetivo limpiar la moto porque estaba lloviendo; así como tampoco sobre las circunstancias en que ocurrió tal evento pues en la diligencia de descargos indica que *"... el 23 de septiembre de 2016 venia de vestirme en los vistieres de hombre. Y en el momento me encontré cuatro toallitas en la basura..."*. Y en el interrogatorio señala que estaba "descanecando", que tenía "función lo de la basura", y al momento de salir cogió dos toallas. Diferencias, que no demuestran coherencia sobre las circunstancias como

pudo suceder los hechos, y por lo tanto desdibujando lo afirmado, restándole credibilidad a su dicho.

Además de lo anterior, debe señalarse que el demandante manifiesta que dichas toallas estaban en la basura y que eran para votar, sin embargo, no existen elementos de convicción que permitan definir con claridad tal circunstancia, lo que le correspondía acreditar al actor pues aceptó la conducta de cogerlas y su disposición de sacarlas, ya que solo se cuenta con su dicho, el cual no tiene la connotación de confesión sobre este aspecto, en los términos del artículo 191 del CGP, aplicable en materia laboral en virtud de lo establecido en el artículo 145 del CPTSS, pues no favorece tal afirmación a la parte contraria, ni le produce consecuencias jurídicas adversas al demandante.

De otra parte se advierte que el demandante en la demanda, señala que la las labores que le fueron asignadas de conformidad con las disposiciones médicas, según el punto 3.9 modificadas el 19 de mayo de 2016, al cargo de “auxiliar de asesores”, y nuevamente modificadas, punto 3.19, el 29 de julio al cargo de “Auxiliar de audifonos”, en el punto 3.22 indica que se trasladó a desempeñar el cargo como auxiliar de audifonos, (PDF 01ExpedienteDigital folio 121-122), sin presentarse más modificaciones, por lo que para el mes de septiembre de 2016, según lo expresado en la demanda estaría desarrollando las labores de auxiliar audifonos, labores que, de conformidad con el memorando dirigido por la empresa, mediante el cual le asignan dichas funciones le corresponde: “1. Ingreso de audifonos par higienizar 2. Tomar bolsa para higienizar 3. Separar los audifonos reciclados en una tula y comenzar el proceso de higienización 4. Desenredar el audifono comenzando por el plu, 5. Probar el audifono con el probador electrónico 6. Si el audifono sale dañado al momento de probarlo se ubica en la caneca con audifonos dañados 7. El audifono bueno se sigue en el proceso de higienización 8. Humedecer la bayetilla g.g con desinfectante virex para comenzar el proceso de higienización 9. Limpiar el cable del audifono a medida que se va doblando el cable 10. Empacar el audifono en bolsa estipulada por la aerolínea y sellar 11. Ubicar el audifono en la caneca correspondiente llamada audifonos dañados 12 Al momento que la caneca se llene con los audifonos higienizados e transportan al área de pesade. NOTA este proceso culmina con el pesaje de la caneca higienizada para registrar el rendimiento por auxiliar”. (PDF 01ExpedienteDigital folio 64 y 289). Por lo anterior no se evidencia, que

las funciones del demandante para la terminación del contrato de trabajo tuviesen contacto con la basura, pues solo tenía o debía tener contacto con los audífonos y no con otros elementos.

En consecuencia, como se dijo no aparece acreditado que las toallas estuvieran en la basura o fueran a ser botadas como lo dice el demandante, ni se especifica el lugar para valor tal circunstancia, ya que se reitera el demandante en el interrogatorio de parte señala que estaba “descanecando”, que le correspondía lo de la función de la basura, lo que no corresponde a las funciones indicadas en el memorando en donde le asignación las de Auxiliar de Audífonos.

Por lo tanto, solo queda clara la conducta del del demandante de coger unas toallas y pretender sacarlas de las dependencias de la demandada para su beneficio.

Sobre el aspecto de la gravedad de la conducta, que cuestiona el recurrente, la juez de primera instancia dejó sentado que pactaron de manera expresa que constituía falta grave en el Acuerdo de Cesión, suscrito entre las partes, el retirar cualquier objeto de la demandada, aspecto este que no cuestiona el recurrente pues no expuso ningún argumento tendiente a desvirtuar que no fue calificado como falta grave la conducta atribuida, limitándose a cuestionar la eventual gravedad.

Se reitera que el supuesto de la decisión de la juez de primera instancia consistió en que las partes calificaron la conducta como grave, y por lo tanto la juez no podía examinar la gravedad de esta, y para lo cual cito en su apoyo la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral.

En efecto, revisado el citado acuerdo de cesión de Contrato de Trabajo, Persona Ordinario, suscrito entre SERDAN S.A, GATE GOURMET COLOMBIA LTDA y el demandante ADUER RODRIGUEZ ESPAÑA (PDF 01ExpedienteDigial folios 201-205), el punto 10.7 se alude a los justas causas para terminar el contrato de trabajo

unilateralmente, y en el literal l) expresamente después de señalar varias normas se expresa que “... además, por parte del CESIONARIO, **las siguientes faltas que para estos efectos se califican desde ahora como graves**”... “ la violación por parte del TRABAJADOR de cualquiera de sus obligaciones legales, disposiciones contractuales o reglamentarias o de una orden que le imparta el CESIONARIO”;... “... **retirar de las instalaciones del CESIONARIO elementos, máquinas, útiles, papelería, o cualquier material u objeto de propiedad del CESIONARIO sin previa autorización por escrito de éste...**”; entre otras (negritas fuera del texto).

Por lo tanto, como lo señaló la juez la conducta realizada encuadra dentro de la falta de retirar cualquier material u objeto de propiedad del CESIONARIO sin previa autorización por escrito, pues el demandante no acreditó que obtuvo dicha autorización, y también se advierte que la juez señaló que la basura es de propiedad de la demandada, sin que tampoco la parte recurrente lo hubiese controvertido.

Así las cosas, como lo señaló la juez, al calificarse por las partes como grave la conducta, no puede el juez entrar a calificar la gravedad de esta, pues no se encuentra facultado para ello, como lo ha reconocido la jurisprudencia dentro de las varias sentencias citadas por la juez, y que se reseñaron anteriormente.

En consecuencia, necesariamente se impone la confirmación de la decisión de primera instancia sobre el particular, y lo anterior conlleva a que resulte innecesario entrar a examinar si el demandante se encontraba bajo el amparo del fuero de salud, porque en gracia de discusión el existir una causal objetiva como lo es la justa causa, se desvirtúa la presunción de que el despido ocurrió con ocasión de la afectación de la Salud.

Respecto de la condena impuesta a la demandada, en el sentido de reintegrar al trabajador una suma de dinero que descontó en la liquidación final de prestaciones sociales con ocasión de crédito de cooperativa, se advierte que en las peticiones declarativas o de condena, ni en las narraciones de hechos de

la demanda se cuestiona por parte del demandante la aludida deducción, efectuado a favor de la cooperativa Coempopular.

Sobre este particular de manera puntual la juez de primera instancia, al entrar a analizar las condenas requeridas de manera subsidiaria como era el pago de prestaciones sociales y vacaciones durante todo el tiempo de servicios expuso.

“... a folio 285 reposa documental denominada liquidación de contrato de trabajo en la cual se liquidó el contrato de trabajo al demandante las acreencias adeudadas a la fecha de terminación de su contrato por un total de \$1.869.091 por concepto de sueldo básico, subsidio de transporte, trabajo suplementario, vacaciones, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y cesantías suma a la cual le descontaron \$1.777.357 por concepto de crédito de Cooperativa COEMPOPULAR, aporte cooperativa COEMPOPULAR, aportes a salud y pensión, en consecuencia, no se le cancelo al demandante ningún valor por dichos conceptos debido a los descuentos que le efectuó la aquí demandada y sobre el particular es necesario traer a colación lo dispuesto en artículo 149 del CST que regulo lo referente a los descuentos prohibidos...- lo cita textualmente-..., a su turno el artículo 150 ibidem regulo cuales eran esos descuentos permitidos así -lo cita textualmente- a renglón seguido el CST en su artículo 152 establece que el empleador y su trabajador podrán acordar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario señalando la cuota objeto deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda, de las anteriores normas colige que en efecto el empleador puede realizar descuentos y o compensaciones del salario del trabajador cuando quiere que medie autorización previa del trabajador o una orden judicial de lo contrario estas deducciones no serán legales, dentro del caso de autos ningún elemento de juicio aportó la demanda Gate Gourmet para acreditar que el demandante la autorizo para efectuar descuentos por concepto de la liquidación de sus prestaciones sociales en favor de la cooperativa Coempopular, pues si bien el demandante al absolver el interrogatorio acepto haber efectuado un crédito con dicha cooperativa lo cierto es que se evidencia la falta de autorización por parte del actor para que efectuará los descuentos en favor de la misma por ende se colige la inexistencia de autorización expresa del actor para llevar acabo ese tipo de descuentos en consecuencia”

Ordenó reintegrar la suma descontada de \$1.777.357 por concepto de crédito cooperativa Coempopular.

Por lo anterior resulta manifiesto que el a quo, condeno, sin expresarlo de manera extra petita al demandado a reintegrar al demandante la deducción que realizó de la liquidación de prestaciones sociales con destino a cubrir el crédito de la Cooperativa Coempopular, pues se reitera que en las peticiones de la demanda declarativas o de condena no se reclama suma alguna por concepto de deducción efectuada por el empleador, ni tampoco en las narraciones de hechos de la demanda se alude que la demandada de manera ilegal o sin su autorización

efectuó deducción a favor de la cooperativa Coempopular, por lo tanto este asunto no fue discutido, de ahí que el demandado no pudo controvertir o entrar a justificar dicha deducción.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, en Auto AL3480-2021 radicado 82981, preciso:

“...Teniendo en cuenta las facultades ultra y extra petita, el juez no puede desbordar el marco trazado por las partes en conflicto, de modo que le está vedado pronunciarse, sin más, sobre supuestos y peticiones no incluidas ni discutidas por las partes al interior del proceso y que, por ello, nunca pudieron ser debidamente consideradas pues, sin perjuicio de que puedan presentarse eventos que al momento de presentación de la demanda no se preveían o que el funcionario judicial pueda declarar derechos más allá de lo pedido, lo cierto es que ello se enmarca en un respeto de los derechos de defensa y contradicción de las partes y debe guardar total correspondencia con los hechos y pretensiones planteados desde el comienzo, debidamente probados y alegados por la parte interesada. Sobre el particular, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso, aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, establece que los fallos de primera y segunda instancia deben guardar coherencia entre el contenido del fondo de la relación jurídico procesal, de los hechos y las peticiones de la demanda, de su contestación y de las excepciones formuladas, así como de lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, con lo resuelto por el juzgador. En sentencia CSJ SL911 -2016, la Corte explicó:

Es así que esta Sala de la Corte, de antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de la causa petendi invocada por el promotor del proceso.

Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo -sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias-, también incurriría en un quebranto de dicho principio y si la transgresión a tal institución es determinante y afecta el derecho de defensa de una de las partes involucradas en el proceso, tal decisión será susceptible de cuestionamiento en el recurso extraordinario de casación, porque a través de la violación medio de la disposición procesal referida, se reconoce un derecho sustancial, mediante el quebranto de los presupuestos constitucionales y legales del debido proceso (SL911-2016).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que dicho principio tiene algunas excepciones como son: (i) los hechos sobrevinientes, es decir, aquellos ocurridos con posterioridad al escrito inicial y que tienen la capacidad de afectar aspectos relacionados con los hechos y pretensiones allí planteados, lo cuales deberá tener en cuenta el juez al momento de proferir la sentencia, siempre que aparezcan probados y que hayan sido alegados por la parte interesada, como por ejemplo, la liquidación de la empresa -caso en el cual el operador jurídico deberá abordar otras soluciones jurídicas en orden a esa nueva realidad- y (ii) la posibilidad del juzgador en materia laboral, de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita).

Por su parte, el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que:

El juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

Entonces, la facultad extra petita –por fuera de lo pedido– requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Por su parte, la ultra petita –más allá de lo solicitado– exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

Además, dichas facultades radican en los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia CC C-968-2003 tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia CSJ SL5863-2014.”

Además de lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 12 de noviembre de 1998, precisó que el juez de única instancia también podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que estas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

Y expresamente sobre el uso de la facultad, la Corte Constitucional en la sentencia mencionada precisó: “... 2. El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: i.) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) que los mismos estén debidamente probados¹; y, además, iii.) que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien “puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el

¹ Ver la Sentencia del 27 de mayo de 1.998, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Fernando Vásquez Botero, Radicación No. 10468, Acta No. 017.

yerro del inferior así lo impone², decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería “superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a quo y esto no le está permitido al ad quem”³, ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso⁴ (C.P., arts. 29 y 31)”.

Así las cosas, como se dijo, revisada la demanda, (PDF 01ExpedienteDigital folios 2-15,coregida folios 119-131), resulta evidente que en el asunto bajo examen -el tema del reintegro de dineros por concepto de CREDITO COOPERATIVA COEMPOPULAR de la liquidación final de sus prestaciones sociales-, no fue planteado en la demanda como petición declarativa ni de condena, ni tampoco en las narraciones de los hechos de la misma, se aludió a ningún descuento, ni mucho menos que se efectuara de manera ilegal o sin autorización del trabajador, por lo tanto al no ser objeto de controversia o debate en el proceso, no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 50 del CPTSS y la jurisprudencia sobre el particular.

No sobra señalar que la circunstancia de que el demandante reclame en las peticiones subsidiarias el pago de cesantías, intereses a la cesantía, primas de servicios y vacaciones por todo el tiempo laborado, no conlleva a entender que se fundamenta en deducción sin autorización del trabajador realizado por la demandada a la terminación del contrato de trabajo, pues como se anotó del examen de la demanda, peticiones declarativas o de condena, y de las narraciones efectuadas no se vislumbra como causa tal suceso.

Para que el juez pueda entrar a proveer de manera extra petita o ultra petita, como lo ha señalado la jurisprudencia, y lo exige la norma, se requiere que los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso, y para que ello ocurra tienen que señalarse de manera concreta en la demanda; y de esta manera se garantiza el debido proceso y el derecho de defensa del demandado, al conocer y poder controvertir las narraciones de hechos contenidos en la demanda.

² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de octubre de 1.977, Sala de Casación Laboral, Sección Primera, M.P. Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture., Acta No. 38.

³ *Idem.*

⁴ Ver la Sentencia T-474 de 1.992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

En consecuencia, resulta incensario e improcedente examinar si dicho descuento se encuentra autorizado o no en la ley, pues como se dijo este aspecto no formó parte del tema de prueba del proceso, circunstancia por la cual se deberá revocar la condena impuesta al demandado de reintegrar al demandante la suma de \$1.777.379 por crédito a la cooperativa Coempopular de la liquidación de sus prestaciones sociales.

Asimismo, se revocará la condena por indemnización moratoria, pues la misma tuvo como origen la deducción antes efectuada, y al desaparecer dicha condena como se explicó, y como fue el hecho que generó la condena moratoria es apenas lógico que tampoco podría dar lugar a la sanción.

De esta manera quedan resueltos los temas planteados al momento de interponer el recurso de apelación.

Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante por ser resuelto de manera desfavorable el recurso y como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal, y dado el resultado favorable del recurso de la parte demandada no se impone condenas en costas en esta instancia, y al no imponerse graven alguno, al revocarse la condena impuesta por el a quo, también se revoca la condena impuesta a su cargo en la primera instancia por costas, y en su lugar se condena también al demandante a pagar las costas de dicha instancia.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el numeral segundo, tercero y séptimo de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del

Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario de la referencia en cuanto condeno a la demandada GATE GOURMET COLOMBIA S.A.S. a reintegrar al trabajador la suma de dinero deducida en la liquidación de prestaciones sociales, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, y las costas de primera instancia, respectivamente, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de dichas pretensiones y condena en costas.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la providencia que se revisa.

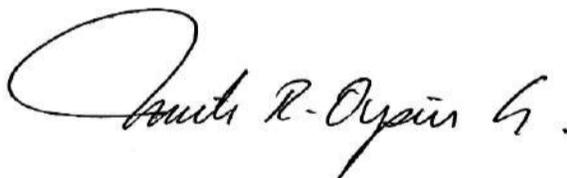
TERCERO: COSTAS de esta instancia y de la primera a cargo del demandante, como agencias en derecho de esta instancia se fija la suma equivalente a un salario mínimo legal vigente.

CUARTO. DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-017-2017-00497-01
Demandante: **MARCO ANTONIO SIERRA CÁRDENAS**
Demandado: **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN
LIQUIDACION. CONCESIONARIA DE OCCIDENTE
S.A.S. EN LIQUIDACION**

En Bogotá D.C. a los 27 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por el demandante y la accionada Conalvías Construcciones SAS en Liquidación Judicial, respectivamente, contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

MARCO ANTONIO SIERRA CÁRDENAS demandó a **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia del contrato de trabajo entre las partes, del 17 de marzo al 21 de agosto de 2015; en consecuencia, se condene a la demandada pagarle salarios del mes de agosto, y por el tiempo laborado prestaciones sociales –

cesantías, intereses a la misma, primas de servicios-, vacaciones, sanción moratoria del artículo 65 del CST, ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el accionante se vinculó con la sociedad accionada, mediante contrato de obra o labor en el proyecto denominado “*Ruta del Sol – Tramo III*”, para desempeñar durante el tiempo referido, la labor de *Inspector de obra*, siendo sus actividades las de contribuir, coordinar y administrar procesos constructivos, manejo de personal, construcción de vías; en el horario de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. de lunes a viernes y, hasta las 4:00 p.m. los sábados y dos domingos al mes, llamándosele la atención por incumplimiento al mismo; también indica que debía registrarse con su carné biométrico a la hora de entrada y salida; recibía órdenes e instrucciones del personal de la accionada, como los ingenieros Alejandro Vargas y Nelson Cortes; su remuneración ascendía a la suma de \$2.060.000; no le fueron cancelados los días laborados en agosto de 2015; que presentó carta de renuncia; sin que se le hubiere reconocido las acreencias que reclama con esta acción ordinaria laboral. Precisa que, solicitó ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social conciliación laboral, sin que la accionada hubiere asistido; y que la obra para la cual fue contratado inició en junio de 2011 y tenía un plazo de 72 meses, es decir “...para la terminación el contrato la obra continuaba en ejecución...” (fls. 4 a 10 PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (fl. 2 PDF 01), autoridad judicial que, inicialmente y con proveído de 11 de septiembre de 2017 la inadmitió (fl. 30 *ibidem*); y luego de su subsanación, con auto de 3 de octubre de la misma anualidad, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (fl. 41 *idem*).

La sociedad demandada **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S.** hoy en **LIQUIDACION JUDICIAL**, dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señaló que “...pagó todos y cada uno de los salarios causados como consecuencia del vínculo laboral que se suscitó entre el 17 de Marzo al 21 de agosto de 2015, prueba de ello, se aporta con la presente contestación, comprobantes de pago de nómina y de liquidación de prestaciones sociales...”; reiteró la

cancelación de las acreencias causadas en vigencia y a la terminación del contrato, en su sentir, no hay lugar a sanción moratoria implorada. En el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, señaló que es una sociedad por acciones simplificada, que para desarrollar su objeto social “...requiere contratar personal que pueda ejecutar las Obras en las diferentes ciudades donde éstas se adelanten...”; que dentro de la ejecución de la obra requirió contratar un *inspector de obra* con experiencia, por lo que acudió al demandante vinculándolo mediante contrato de obra o labor determinada, para “...cumplir el hito hasta completar el 99% de extensión y compactación de los granulares del Hito 40B de vía nueva del o proyecto ruta del sol III...”; el lugar donde prestó sus servicios el demandante fue en Plato – Magdalena; que “...el 21 de agosto de 2015, por cumplimiento del hito pactado, el señor SIERRA CÁRDENAS le fue notificado que su contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada se terminaba en esa misma fecha...”; menciona que, durante la vigencia de la relación laboral, al trabajador se le pagaron todos sus salarios y primas de servicios, y el 7 de septiembre de 2015 se le hizo consignación a la cuenta bancaria de la liquidación de sus prestaciones sociales, siendo estas, cesantías, intereses, prima de servicios, salarios pendientes, vacaciones y auxilios extralegales; finalmente precisó que la sociedad desde septiembre de 2015 se encuentra en Reorganización.

En su defensa formuló además de la excepción previa sobre la que se pronunció el a quo en oportunidad, las de mérito o fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, Compensación, Buena fe, Innominada o genérica, Pago total de la obligación y, Prescripción (fls. 79 a 98 PDF 01).

La parte demandante presentó **reforma a la demanda**, para vincular como accionada a la sociedad **CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A.S.**, modificando unos hechos y agregando otros; como que el actor fue contratado para el proyecto “...Ruta del Sol – Tramo III hasta el 99% de extensión y compactación de los granulares de Hito 40B de vía nueva del proyecto ruta del sol...”; que la demandada terminó el contrato el 21 de agosto de 2015, argumentando que la obra o labor determinada había finalizado, cuando para esa fecha la obra continuaba en ejecución ya que la misma concluyó el 24 de abril de 2018; pretende se declare el contrato con la nueva accionada,

y que ésta debe responder de manera solidaria por las acreencias reclamadas a favor del demandante, el cual fue despedido sin justa causa (fls. 183 a 193 y 355 a 363 PDF 01); reforma inadmitida con auto de 9 de julio de 2018 (fls. 351 y 352 PDF 01), y luego, admitida con proveído de 27 de septiembre de 2018, disponiendo la notificación de la persona jurídica mencionada en los términos señalados (fls. 460 y 461 ídem).

CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. (EN REORGANIZACION), dio respuesta a la reforma de la demanda, oponiéndose a que se condene a la sociedad vinculada, refiriendo que ésta nunca tuvo participación alguna ni en la obra marco Ruta del Sol Tramo III, mucho menos en el hito *“completar el 99% de extensión y compactación de los granulares delito 40B de vía nueva del proyecto ruta del sol III”*; aunado a que la relación laboral del demandante se suscribió únicamente con CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. (En Reorg.), que dentro del contrato para la ejecución de la obra macro, se estipuló que sus trabajadores no tendrían relación alguna con otros y que el accionante durante la ejecución del contrato de trabajo, nunca tuvo una relación de tipo dependiente con CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A.S., sino con ella directamente, razón por la cual las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar (fls.463 a 481, 484 a PDF 01).

La codemandada **CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A.**, dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, procedió a dar contestación a la reforma de la demanda a través de la cual se le vinculo, con oposición a las pretensiones exceptuando la 1ª, 4ª, 5ª, respecto de la cual adujo *“...NO ME OPONGO, NI COADYUVO, MÁS BIEN ME ATENGO A LO QUE SE DECLARE PROBADO. Toda vez que como se explica en la contestación de los Hechos de la Demanda, NUNCA HUBO UNA RELACIÓN LABORAL ENTRE CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A.S. Y EL SEÑOR MARCO ANTONIO SIERRA. Según da cuenta lo manifestado por el actor en el acápite de hechos y pretensiones de la demanda, con quien tuvo la relación laboral aparentemente fue con la codemandada CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. en Liq. Judicial. Así las cosas, NO HAY LUGAR A DECLARAR LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO LABORAL ENTRE EL AQUÍ DEMANDANTE Y MI DEFENDIDA...”*; precisa que ni dentro de los hechos, ni de las pruebas documentales aportadas por el actor obra medio de convicción alguno que dé cuenta sobre la existencia de una relación laboral con ella.

Agrega que, entre las accionadas nunca se contrató la ejecución del Proyecto Ruta del Sol III, ni tampoco la obra o hito para el cual Conalvías Construcciones S.A.S., contrató al demandante “...Reiteramos que mi representada nunca intervino directa o indirectamente en ninguna de estas obras razón por la cual, desconocemos quienes ejecutaron o intervinieron en dichas obras.- Teniendo en cuenta lo anterior, desde el punto de vista jurídico y fáctico, no es posible declarar la existencia de solidaridad para el pago de salarios en favor del señor MARCO ANTONIO SIERRA, pues i) entre las demandadas nunca hubo un beneficio recíproco con ocasión a la ejecución de estas obras, ii) entre las sociedades demandadas nunca se contrataron obras o servicios relacionados con el objeto contractual del señor SIERRA y iii) ninguna de las sociedades demandadas ostentó el carácter de contratante inicial para las obras en las que aparentemente laboró el señor MARCO ANTONIO SIERRA...”

Precisó que, con la demandada inicial, constituyó un grupo empresarial “...en donde mi representada actúa como subordinada y la primera –alude a Conalvías Construcciones S.A.S.- como contratante...”, que el único fin de dicho grupo era que la Concesionaria llevara a cabo la ejecución del Contrato de Concesión OG-046 – 2004 del proyecto vial Pereira La Victoria; reiteró que dicha sociedad “...nunca tuvo ni ha tenido a su cargo, el proyecto denominado Ruta del Sol III en la ciudad de Plato – Magdalena, en donde aparentemente el señor SIERRA prestó sus servicios personales. Esta obra nunca le fue adjudicada a mi representada ni tampoco tuvo participación, injerencia alguna directa o indirecta en dicha obra, razón por la cual, mi representada nunca ha requerido ni de los servicios del demandante ni de ningún otro personal del sector constructivo en dicho municipio...”.

En su defensa formuló además de excepción previa respecto de la cual se pronunció el director del proceso en oportunidad legal; las de mérito o fondo que denominó: Inexistencia de relación laboral dependiente, Inexistencia de la obligación, Buena fe, Prescripción e Innominada (fls. 607 a 627 PDF 01).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 20 de octubre de 2021, resolvió:

“...Primero: Declarar que entre el demandante señor **Marco Antonio Sierra Cárdenas**, identificado con la cc. 9534729 como trabajador y la sociedad **Conalvías Construcciones SAS hoy en Liquidación**, como empleadora, existió un contrato de trabajo de obra o labor determinada, entre el 17 de marzo y el 21 de agosto de 2015, el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora.

Segunda. Declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por **Concesionaria de Occidente SAS en Liquidación** y no probada frente a la condena impuesta, las formuladas por **Conalvías SAS** de inexistencia de la obligación y prescripción tampoco prosperan.

Tercera: Condenar a la Codemandada **Conalvías Construcciones SAS en liquidación**, a pagar al demandante señor **Sierra Cárdenas** la suma de \$1.033.890 a título de indemnización por terminación sin justa causa del contrato, valor que deberá ser indexado desde la fecha de terminación del contrato y el momento en que se efectúe el pago a su favor, según las consideraciones expuestas.

Cuarto: Absolver a **Conalvías Construcciones SAS en Liquidación**, de las demás pretensiones incoadas en su contra según lo analizado en precedencia.

Quinto, Absolver al **Concesionaria de Occidente SAS** de todas las pretensiones incoadas en su contra, según lo analizado en las consideraciones precedentes.

Sexto: Condenar en costas a la demandada **Conalvías Construcciones SAS en Liquidación**, a favor del demandante en proporción del 80%. en firme la presente sentencia por secretaria, practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo por valor de \$450,000 M/cte..

Séptimo, se condena a su vez al demandante a pagar las costas procesales a la demandada **Concesionaria de Occidente SAS**, y se fijan agencias en derecho a su cargo por valor de \$130.000 M/cte...”.

III. RECURSO DE APELACION

Inconformes con la decisión, los apoderados de las partes interponen y sustentan el recurso de apelación, en los siguientes términos:

Parte demandante:

(...) Señoría muchas gracias. De manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la providencia que acaba de proferir, y el recurso de apelación lo sustento en el siguiente sentido: Con relación a la falta de Legitimación por pasiva del Concesionario, me permito indicar que si bien la contestación de la demanda que ha hecho esta parte, ha dicho que los contratos de ejecución de obra eran diferentes en los que participaba el demandante Marco Antonio Sierra Cárdenas, lo cierto también es que ellos reconocen tener un grupo empresarial donde Conalvías era controlante y Concesionario era la subordinada, y en este sentido no debe olvidarse que existía una unidad económica entre ambas, que hace que deba responder por estas obligaciones, sean obligaciones impositivas o sean obligaciones laborales, Es por eso que solicito que en el recurso de apelación, que se integre a esta demandada para la condena respectiva. Y con relación su señoría a la sanción moratoria, también me permito exponer que si bien la demandada logró acreditar un pago por acreencias laborales, lo cierto es que la finalización de este contrato como se ha logrado demostrar y como en efecto su señoría lo ha reconocido, no fue con justa causa, el solo hecho de que no haya sido con justa causa nos hace entender que el pago que se le hizo al señor Marco Antonio Sierra Cárdenas, no fue completo, sino que debió habersele pago una indemnización por esa terminación del contrato, lo que lleva a entender que ese pago que no se hizo de manera completa y efectiva, acarrea una sanción que es la dispuesta en el artículo 65 del CST., lo que conocemos como sanción moratoria o indemnización moratoria, no se puede en ese sentido premiar al empleador que hace un pago parcial de la liquidación laboral, en ese sentido su señoría, solcito que se revoque la decisión proferida por su señora. Muchas gracias, en los anteriores términos es mi recurso de apelación.

La sociedad accionada **Conalvías Construcciones SA.S.** hoy en Liquidación Judicial:

“(...) Gracias señor juez, por parte de Conalvías Construcciones voy a interponer el recurso de apelación, contra la sentencia que acaba de proferir este despacho, el cual me permito sustentarlo en los siguientes términos:

Dentro de la parte considerativa se indica que dentro de la carta de terminación del contrato o dentro de la comunicación en donde se le informa al señor Marco Antonio Sierra, que el hito o la obra para el cual fue contratado, no se soporta o no se explica el punto de terminación o la fecha de terminación o no se anexa un soporte de que efectivamente cuenta que en esa fecha termino su contrato de trabajo, me permito solicitar al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que tenga en cuenta las disposiciones jurisprudenciales que se han emitido en cuanto a la comunicación de terminación por ministerio de la ley en este tipo de contratos de trabajo por duración de obra determinada.

Hacen una indebida valoración de esta prueba, en razón a que se presumen ciertos los hechos indicados en las cartas de terminaciones, no hay una disposición legal ni jurisprudencial que indique que dentro de la carta de comunicación o dentro de la notificación que se le entrega al trabajador deba anexarse una prueba o deba expresarse además de la causal los motivos adicionales. Recordemos que se trató de una terminación por ministerio de la ley, en donde basta con invocar la causa legal o el motivo por el cual se le está comunicando que el hito en este caso, o que el plazo de la obra se cumplió tal y como se hizo en la carta donde se le comunica al señor Marco Antonio Sierra, que el día 21 de agosto de 2015, había culminado o se cumplió el hito para el cual había sido contratado; razón por la cual, pues obviamente este, se considera de manera respetuosa que hubo una indebida interpretación de la norma e indebida valoración de esta prueba, pues no existe, reitero, una disposición en donde se le obliga al empleador aportar pruebas que efectivamente la condición para darle por terminado el contrato efectivamente se cumplía.

Igualmente, dentro del fallo de primera instancia se indica que no existe prueba aparte de la certificación expedida por el director de obra, que no existe otra prueba que indique que se logre demostrar que efectivamente la obra para el cual fue contratado el aquí demandante se terminó el 21 de agosto de 2015, frente a este punto debo indicar que se omitió tener en cuenta la prueba documental aportada dentro de la contestación de la demanda, denominada el documento que suscribió la empresa Conalvías con fecha 16 de septiembre del año 2015, la cual fue dirigida a la constructora Ariguari SAS, cuyo asunto indica declaratoria de incumplimiento y terminación del contrato, que consta de 16 folios y que se encuentra y fue admitida como prueba legal y oportunamente aportada a este proceso, se indica el estado en el que se entregaban a dicha contratante las obras o los hitos contratados, o que le fueron sub contratados a Conalvías Construcciones SAS, dentro de dicha acta se encuentra el hito 40B, que es para el cual fue contratado el señor Marco Antonio Sierra y dentro de ese ítem, obra que la meta física se dio en el año 2015, 7,15 kilómetros y dentro de ese cuadro se encuentra que efectivamente ese hito fue entregado en un 100%, dicho año concuerda con la certificación que emitió el director de obra en donde indica que para el 21 de agosto de 2015 culminó en esa misma fecha; ese documento no fue tachado de falso, no fue objeto de contradicción por parte de la parte demandante, no fue objeto de solicitud de ratificación por parte del apoderado de la parte demandante, razón por la cual tiene el mismo valor probatorio que todas y cada una de las demás documentos e interrogatorios de parte que se efectuó, tienen el mismo valor probatorio y no se les puede restar el valor probatorio por el simple hecho que haya sido el aportado por la parte demandada, pues es nuestra carga probatoria, efectivamente demostrar que el contrato de trabajo que se suscribió con el señor Marco Antonio Sierra, se efectuó por ministerio de la ley al haberse dado, haberse cumplido con una de las causas o una de las causales establecidas en la ley para poder terminar el contrato y es el cumplimiento de la obra o labor determinada para el cual fue contratado.

Frente a este punto, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia actual indica que debe dársele el principio de legalidad a todos y cada uno de los documentos, ya sean copias simples o documentos originales y debe dárseles el mismo valor probatorio, además que dentro del fallo que acaba de ser proferido por este juzgado no se tiene en cuenta el principio de buena fe a las personas naturales o jurídicas al haber presentado este documento, pues no sé, si bien se respeta la consideración o la tesis que sostiene este despacho no estamos de acuerdo en el sentido que se indique que por el simple hecho

de provenir por la parte demandada Conalvías Construcciones, se le reste valor probatorio, pues reitero que era nuestra carga demostrar que efectivamente se dio cumplimiento a la terminación del hito para el cual fue contratado. En razón a esta carga probatoria, era nuestra obligación como parte demandada, aportar todos y cada uno de los documentos con los que cuenta la empresa con aras de darle una claridad al despacho y así emitir su fallo de primera instancia.

En estos términos, dejo presentado el recurso de apelación, solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, que revoque parcialmente la sentencia en lo atinente a la condena que le fue impuesta a la empresa Conalvías Construcciones SAS hoy en Liquidación Judicial, y que, en su lugar, se absuelva en su totalidad de las pretensiones de la demanda. Gracias...”.

El Juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *Lorenzo Torres Russi* (PDF 02 Cdo. 02 SegundaInstancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 06 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 25 de enero de 2023 (PDF 08 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó alegaciones en segunda instancia, sosteniendo:

(...) 1. DE LA SOLIDARIDAD

Frente a la parte resolutive de la demanda, donde se absolvía a CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A.S me permito manifestar de la manera más respetuosa que la misma es solidariamente (sic) responsable de las acreencias adeudadas con ocasión a que la misma reconoce en la contestación de la demanda, hecho decimoprimer, que esta y CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S convergen un grupo empresarial. De modo que al pertenecer al mismo grupo empresarial les corresponde una responsabilidad solidaria, para este caso, de las acreencias laborales de mi poderdante.

2. DEL DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Tal como quedó establecido a través de la parte considerativa del fallo inicial, el despido sin justa causa no fue desvirtuado por el extremo demandado, al punto que el apoderado de CONALVIAS CONSTRUCCIONES, el señor Humberto Velasco en su interrogatorio menciona que al señor MARCO ANTONIO SIERRA lo desvincular habida cuenta que “Ya no se requería del demandante”.

En el mismo sentido tampoco demostró que el tramo denominado “Granulares del Hito 40B de la vía nueva del proyecto ruta del sol III” haya sido terminado en la fecha en la que fue desvinculado mi poderdante, razón suficiente para ostentar la responsabilidad de las acreencias laborales objeto de condena.

3. DE LA EXHIBICION DE DOCUMENTOS

A través de la reforma de la demanda se formuló como medio probatorio la exhibición de documento por medio de la cual se pretendía se aportada documental que permitiera establecer cuando finalizo realmente el tramo para el que fue contratado el señor MARCO ANTONIO SIERRA. No obstante, a lo largo de la demanda dicho documento no fue aportado aun cuando en diferentes oportunidades el Juez requirió para que fuera aportado el mismo.

La anterior situación sobresale por su importancia habida cuenta que cumple con lo descrito en el artículo 267 del C.G.P que a su tenor literal reza:

“Artículo 267. Renuencia y oposición a la exhibición:

*..el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, **tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar**, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale”.*

De tal modo, resulta forzoso inferir que se deben presumir por ciertos los hechos que se pretenden probar con la exhibición, esto es, que el tramo en realidad culmino el 24 de abril de 2018.

4. DE LA LIQUIDACION QUE DEBIO EFECTUARSE

Revisados los títulos previos, se logró demostrar que CONALVIAS CONSTRUCCIONES despidió sin justa causa al señor MARCO ANTONIO SIERRA, y que tal despido generaba una sanción hasta el día 24 de abril del año 2018, fecha en la cual realmente termino la obra. Para el caso en particular, cabe señalar que a lo largo del proceso se probó que se trataba de un contra por obra o labor, de modo que la sanción debió haberse efectuado por todo el tiempo que hizo falta para la finalización del mismo...” (PDF 05 Cdo. 02 SegundaInstancia)

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por el actor y la demandada Conalvías Construcciones SAS hoy en Liquidación Judicial, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se advierte que no existe ninguna controversia respecto a los siguientes aspectos: *i)* que el demandante fue vinculado a la sociedad accionada **Conalvías Construcciones S.A.S., hoy en Liquidación Judicial**, a través de contrato de trabajo por obra o labor determinada, siendo la obra contratada la de ejecutar “...hasta completar el 99% de extensión y compactación

de los granulares del Hito 40B de vía Nueva del Proyecto Ruta del Sol III...”, entre el 17 de marzo y el 21 de agosto de 2015, desempeñando el cargo de *Inspector de Obra* y, con un salario de \$2.067.800 mensuales; **ii)** que el 21 de agosto de 2015 la sociedad accionada dio por terminado el contrato de trabajo, señalando que en esa fecha había culminado la obra para la cual había sido contratado; como se colige de la contestación de la demanda ((fls. 79 a 98 PDF 01); y se corrobora con documentos como el contrato de fecha 17 de marzo de 2015, en el que se estableció un salario de \$2.067.800, y la cláusula adicional que le reconoce la suma mensual de \$400.000 como auxilio de localización; y el OTROSI reconociendo un auxilio extralegal de alimentación por \$240.000 al mes (fls 37 a 39, 136 a 142, 155, 156 PDF 01); con la carta de 21 de agosto de 2015, referenciada “...*TERMINACIÓN CONTRATO POR CUMPLIMIENTO...*”, en la que se indica “...*Por medio de la presente le informamos, que la labor para la que fue contratado, culminara el día 21 de Agosto de 2015, al finalizar la jornada laboral. En consecuencia, su relación con esta empresa se da así por concluida en esta fecha y se procede a efectuar la liquidación correspondiente, la cual le será depositada en la Cuenta de Ahorro que para el efecto usted tiene autorizada. Igualmente se le hace entrega de la Orden para el Examen Médico de Retiro, la constancia del pago de aportes a seguridad social y parafiscal correspondiente a los últimos tres meses y la certificación de ley sobre su última vinculación con la empresa...*” (fl. 143 PDF 01); con la certificación laboral, expedida el 21 de agosto de 2015, que hace constar la vinculación, naturaleza, modalidad del contrato, cargo, extremos temporales y, salario (fl. 145 PDF 01); con la liquidación del contrato de trabajo (fls. 174 y 175 PDF 01) y; con el reporte de BBVA net cash, que evidencia la consignación del valor de la liquidación -\$3.170.327- el 7 de septiembre de 2015 (fls. 161 a 173), entre otros documentos militantes en el expediente.

Por consiguiente, el debate en esta instancia se centra en determinar, si: **(i)** acertó el juzgador de instancia al imponer condena por indemnización por despido, o en su defecto, como lo señala la parte accionada la finalización del contrato obedeció a la terminación de la obra o labor y, por ende, no había lugar a dicha condena; **(ii)** opera la solidaridad que reclama la parte actora respecto de la demandada *Concesionaria de Occidente SAS. hoy en liquidación* y; **(iii)** hay lugar a la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST.

Sobre el primer cuestionamiento, esto es si la **terminación del contrato** del actor lo fue sin justa causa, como lo concluyó el fallador de instancia; se advierte, como se indicó líneas atrás, que la relación laboral entre las partes estuvo regida por un CONTRATO DE TRABAJO POR DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA, estableciéndose como obra o labor “...Hasta el 99% de extensión y compactación de los granulares del Hito 40B de vía Nueva del Proyecto Ruta del Sol Sector III...” (fls. 136 a 140 PDF 01); contrató que finalizó el 21 de agosto de 2015, mediante comunicación enviada por la accionada al trabajador, en la cual le indicaba “...**Por medio de la presente le informamos, que la labor para la que fue contratado, culminara el día 21 de Agosto de 2015, al finalizar la jornada laboral. En consecuencia, su relación con esta empresa se da así por concluida en esta fecha y se procede a efectuar la liquidación correspondiente...**” (resalta la Sala, fl. 143 PDF 01).

Consideró el a quo, para efectos de elevar condena en los términos del artículo 64 del CST: “...a folio 125 obra la carta de terminación que tiene fecha 21 de agosto de 2015, por medio de la cual le informaron al demandante la decisión de la empleadora de culminar el contrato el mismo día, al finalizar la jornada laboral, y a folio 241 obra una certificación emitida por el señor Mauricio Gutiérrez Pabón en calidad de Director de Obra Técnica de Conalvías, misiva que está calendada 1 de octubre de 2018, en la cual consignó a manera de constancia lo siguiente “...En cumplimiento de las actividades del proyecto: “Ejecución de la Intervención Prioritaria. Obras de construcción, Rehabilitación y mejoramiento, previstos en el Contrato de concesión y en Contrato EPC para los tramos comprendidos entre inicio variante Fundación y Ye de Ciénaga y entre Carmen de Bolívar y Valledupar” se certifica que el hito correspondiente al 99% de extensión y compactación de los granulares del hito 40 B de vida nueva del proyecto rural del sol, terminó el 21 de agosto de 2015...”; conforme lo anterior, en principio estaría demostrada la culminación de la obra para la cual fue contratado el demandante en la fecha en que se le hizo entrega de la carta de terminación del contrato. - Sin embargo, se dice en principio, pues para este juzgador la demandada no le dio a su trabajador las garantías mínimas de estabilidad laboral, pues si bien obra certificación respecto de la fecha en que se culminó o se arribó al 99% de extensión y compactación de la obra, **lo cierto del caso es que de la carta de terminación no se advierte esa circunstancia, es decir que en la carta se hubiese indicado y puesto en conocimiento del demandante tal situación y el empleador se limitó a manifestarle que al terminar la jornada del mismo día se le terminaría su contrato por haber culminado la ejecución de las obras**, por lo cual si bien es cierto que la norma no exige que en esta modalidad de contrato el trabajador sea preavisado respecto de la terminación del contrato, pues es claro que en esta modalidad del contrato tal previsión no la tiene contemplada el legislador, **por lo menos si debió habersele entregado al trabajador el soporte de la causa que allí se le expuso**, sin embargo, resulta necesario destacar que la certificación corresponde a una prueba creada

por la misma demandada y con ocasión del presente proceso, es decir fue remitida o fue expedida el 1° de octubre de 2018, sin que la demandada se hubiese preocupado por arrimar al expediente algún otro medio de convicción distinto a esa certificación emitida por la misma demandada que diera cuenta de la fecha de culminación o por lo menos de la ejecución en un 99% de las obras en las cuales participaba el demandante. - Luego, entonces nos encontramos sin duda a una terminación sin justa causa del contrato y amerita la condena al pago de la indemnización prevista en el inciso tercero del art. 64 del CST...” (resalta la Sala).

En esos términos, dada la modalidad contractual celebrada entre las partes -por duración de la obra o labor determinada-, le asiste razón al juzgador de primer grado, al considerar que en esta contratación no hay lugar a preaviso alguno, el contrato finaliza al concluirse o terminarse la labor o la obra para la cual fue contratado el trabajador, en los términos del literal d) del artículo 61 del CST; situación que en el presente caso acaecía cuando se hubiere adelantado “...Hasta el 99% de extensión y compactación de los granulares del Hito 40B de vía Nueva del Proyecto Ruta del Sol Sector III...”, que fue la actividad para la cual se vinculó al demandante.

Refiere la sociedad demandada, que dicha actividad contratada y por consiguiente el vínculo del demandante, finalizó el 21 de agosto de 2015, como se le indicó a éste en misiva de esa fecha, donde se precisa “...**la labor para la que fue contratado, culminara el día 21 de Agosto de 2015, al finalizar la jornada laboral.** En consecuencia, su relación con esta empresa se da así por concluida en esta fecha...” (resaltado fuera de texto, fl. 143 PDF 01); considerándose que en los términos en que se emitió dicha comunicación, estaba implícito el motivo de la ruptura del nexo laboral, como quiera que en el contrato suscrito quedo debidamente definido y en forma concreta la obra o labor en la que iba a prestar su fuerza de trabajo el accionante; por lo que se puede dar por entendido que el vínculo expiraba por *la culminación de la labor para la que fue contratado*; y si bien el párrafo de los artículos 62 y 63 del CST, prevé 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...”; se observa que la accionada dio cumplimiento a dicho apartado legal, como quedó evidenciado; por lo que se disiente de la consideración del juzgador de primer grado, en el sentido que en dicha misiva debió indicársele que se “...arribó al 99% de extensión y

compactación de la obra...”, O “...por lo menos si debió habersele entregado al trabajador el soporte de la causa que allí se le expuso...”; dado que, como ya se dijo, lo indicado en la aludida comunicación, se colige tal situación.

En lo que sí se está de acuerdo con la decisión del a quo, es que el motivo aludido por la pasiva, no fue demostrado en el presente proceso; carga de la prueba que conforme lo señalado en los artículos 167 del CGP y 1757 del CC, competía a ésta, como bien lo adujo su vocera judicial en la apelación.

Se dice lo anterior, por cuanto, la certificación emitida por el Director de Oficina Técnica Ruta del Sol de la demandada, en la que el 1° de octubre de 2018 hace constar “...en cumplimiento de las actividades del proyecto: “Ejecución de la Intervención Prioritaria. Obras de construcción, Rehabilitación y mejoramiento, previstos en el Contrato de concesión y en Contrato EPC para los tramos comprendidos entre inicio variante Fundación y Ye de Ciénaga y entre Carmen de Bolívar y Valledupar” se certifica que el hito correspondiente al 99% de extensión y compactación de los granulares del hito 40B de vida nueva del proyecto ruta del sol, terminó el 21 de agosto de 2015...” (fl. 482 PDF 01), como lo razonó el juzgador de origen, no tiene fuerza probatoria para acreditar el hecho aquí analizado, como quiera que es principio universal que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma “...pues deviene indiscutible no solo la presunción sino la plena convicción de la existencia de circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad...” (Sent. 31 de marzo de 2004, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil, proceso No. 1100131030011996009202); por tanto, era necesario que tal situación fuera corroborada por otro medio de convicción que llevara certeza al operador judicial de la ocurrencia del motivo indicado para romper el contrato, vale decir que real y materialmente el 21 de agosto de 2015, se cumplió el 99% de extensión y compactación de los granulares del hito 40 B, para tener por acreditado que la desvinculación del demandante acaeció por una causa objetiva, como lo fue la terminación de la obra o labor contratada; sin embargo, contrario a lo referido por la apoderada recurrente de la pasiva, ello no se cumplió.

En efecto, alude la interviniente a un documento que en su decir se aportó con la contestación de Conalvías Construcciones SAS, dirigido por dicha

accionada "...a la constructora Ariguari SAS, cuyo asunto indica declaratoria de incumplimiento y terminación del contrato, que consta de 16 folios ... se indica el estado en el que se entregaban a dicha contratante las obras o los hitos contratados, o que le fueron sub contratados a Conalvias Construcciones SAS, dentro de dicha acta se encuentra el hito 40B, que es para el cual fue contratado el señor Marco Antonio Sierra y dentro de ese ítem, obra que la meta física se dio en el año 2015, 7,15 kilómetros y dentro de ese cuadro se encuentra que efectivamente ese hito fue entregado en un 100%, dicho año concuerda con la certificación que emitió el director de obra en donde indica que para el 21 de agosto de 2015 culminó en esa misma fecha..."; no obstante, revisado minuciosamente el expediente, no se encontró el mencionado documento contentivo de 16 folios como lo indica la recurrente; aunque el mismo se cita o menciona en la contestación a la reforma de la demanda dada por esta pasiva, y específicamente en la respuesta al hecho 19 (fls. 468 y 469 PDF 01), no se acompañó al paginario o expediente; situación que impide constatar el dicho del extremo pasivo para tener por acreditada la situación alegada por éste respecto a la terminación del nexo contractual, vale decir que real y materialmente la desvinculación del accionante obedeció a la culminación de la obra para la cual fue contratado; se reitera tal documento no fue allegado al plenario, y la circunstancia que se hubiere relacionado en el acápite correspondiente, como medio de prueba, no es suficiente para tenerlo como tal y menos aún para darle el alcance que pretende ahora la recurrente, es decir valorarlo como instrumento demostrativo del motivo o razón de la terminación del contrato, como quiera que, se repite, no fue aportado al expediente.

En ese orden de cosas, al no haber probado fehaciente y realmente la empleadora, como le correspondía conforme las reglas de la carga de la prueba, que el motivo de la ruptura del contrato del trabajador demandante fue por la terminación de la obra o labor para la que había sido contratado; la desvinculación se torna en injusta y por tanto hay lugar a elevar condena por la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST, en los términos que lo hizo el juzgador de instancia, razón por la cual se confirmará la decisión al respecto.

En este punto se debe aclarar, aunque en los alegatos de segunda instancia, la parte accionante sostenga "...Revisados los títulos previos, se logró demostrar que CONALVIAS CONSTRUCCIONES despidió sin justa causa al señor MARCO ANTONIO SIERRA,

y que tal despido generaba una sanción hasta el día 24 de abril del año 2018, fecha en la cual realmente terminó la obra. Para el caso en particular, cabe señalar que a lo largo del proceso se probó que se trataba de un contra por obra o labor, de modo que la sanción debió haberse efectuado por todo el tiempo que hizo falta para la finalización del mismo...”; tal aspecto no fue motivo de reparo al momento de interponerse el recurso; por tanto, no puede ser tenido en cuenta en esta oportunidad.

Ello, como quiera que, recordemos, dicha fase -presentación de alegatos de conclusión en segunda instancia-, es la oportunidad para reafirmar o profundizar los argumentos respecto de las iniciales desavenencias formuladas al interponer el recurso de apelación contra la respectiva sentencia, más no para presentar nuevos reparos como en este caso, desatendiendo las normas procedimentales sobre la materia; por lo que, se reitera, no pueden ser tenidas en cuenta tales manifestaciones en este estadio procesal.

Repara también la parte accionante, que se hubiere declarado probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la codemandada *Concesionaria de Occidente SAS* y, por ende, la no aplicación de la **solidaridad** reclamada en la reforma de la demanda, considerando que “...ellos reconocen tener un grupo empresarial donde Conalvías era controlante y Concesionario era la subordinada, y en este sentido no debe olvidarse que existía una unidad económica entre ambas, que hace que deba responder por estas obligaciones, sean obligaciones impositivas o sean obligaciones laborales, Es por eso que solicito que en el recurso de apelación, que se integre a esta demandada para la condena respectiva...”.

En el certificado de existencia y representación legal de la sociedad *Conalvías Construcciones S.A.S. en Liquidación Judicial* (fls. 765 y ss. PDF 01), se hace constar el grupo empresarial en el que figura CONALVIAS SAS como controlante y *Concesionaria de Occidente S.A.S.*, entre otras, como subordinada, con “...PRESUPUESTO DE CONTROL: EXISTENCIA DE VINCULO DE SUBORDINACIÓN (92.97% DE LA PARTICIPACION ACCIONARIA) Y DE UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN SOBRE LAS SOCIEDADES QUE LO INTEGRA...” y como actividad “...REALIZACION TANTO EN COLOMBIA COMO EN EL EXTRANJERO DE LA CONSTRUCCION, EJECUCIÓN, EXPLOTACIÓN, GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y CONSERVACIÓN DE TODA CLASE DE INFRAESTRUCTURAS Y

OBRAS PÚBLICAS, ASÍ COMO LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN OG-046-2004 DEL PROYECTO VIAL PEREIRA LA VICTORIA... (resalta la Sala, fl. 774 y ss ídem).

En el certificado de Cámara de Comercio de la sociedad *Concesionaria de Occidente S.A.S.* (fls. 365 a 371 PDF 01), se certifica "...ACLARACIÓN SITUACIÓN GRUPO EMPRESARIAL: SE ACLARA LA SITUACIÓN DEL GRUPO EMPRESARIAL INSCRITA EL 22 DE AGOSTO DE 2012, BAJO EL NÚMERO 01660142 DEL LIBRO IX, EN EL SENTIDO DE INDICAR QUE SE CONFIGURA GRUPO EMPRESARIAL ENTRE LA SOCIEDAD INVERSIONES CONALVIAS SAS (MATRIZ), QUIEN PARTICIPA DIRECTAMENTE EN EL CAPITAL DE LAS SOCIEDADES CONALVIAS SAS, INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA SAS –INFRACOM SAS, (SUBORDINADAS), Y A TRAVES DE ESTAS EN LA SOCIEDADES MEGA OBRAS CALI SAS, CONCESIONARIA CALI MIO S.A., RENOVACIÓN URBANA DEL VALLE SAS EN LIQUIDACION –REURVALLE SAS, GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTA SAS, INFRAESTRUCTURAS URBANAS S.A., CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A., CONAVIAS USA LLC Y CONSORCIO CONCESIÓN CHANCAY-ACOS S.A. (SUBSIDIARIAS)...". Y "...QUE POR DOCUMENTO PRIVADO NO. SINNUM DEL REPRESENTANTE LEGAL, DEL 18 DE MARZO DE 2013, INSCRITO EL 3 DE MAYO DE 2013, BAJO EL NUMERO 01727528 DEL LIBRO IX, SE MODIFICA LA SITUACIÓN DEL GRUPO EMPRESARIAL INSCRITA EL 22 DE AGOSTO DE 2012, BAJO EL NÚMERO 01660142 DEL LIBRO IX, EN EL SENTIDO DE INDICAR QUE INVERSIONES CONALVIAS SAS PARTICIPA DIRECTAMENTE EN EL CAPITAL DE CONALVIAS CONSTRUCCIONES SAS (ANTES CONALVIAS SAS SUBORDINADA O FILIAL) EN MAS DE UN 50% Y A TRAVÉS DE ESTA EN LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA EN MÁS DE UN 50% CUMPLIENTO CON EL PRESUPUESTO DE SUBORDINACION DEL NUMERAL 1 DEL ARTICULO 261 DEL CÓDIGO DE COMERCIO..." (fls. 369 y 370 ídem).

En ese orden, si bien se acredita la existencia del grupo empresarial entre las aquí demandadas, dicha situación no lleva per se a declarar la solidaridad reclamada, como lo entiende la parte actora; recordemos que el fundamento jurídico de ésta –la solidaridad- es la ley; advirtiéndose, lo que surge en estas situaciones cuando se presenta dicha figura –grupo empresarial- es una *responsabilidad subsidiaria* de la(s) sociedad(es) matriz(ces) respecto de la(s) subordinada(s), conforme lo dispone el parágrafo del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 "Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones", figura que difiere a la solidaridad.

Téngase en cuenta que, se conformó dicho grupo con el objeto de llevar a cabo “...LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN OG-046-2004 DEL **PROYECTO VIAL PEREIRA LA VICTORIA...**”, como se advierte del certificado de Cámara y Comercio de Conalvias y lo señaló en el interrogatorio de parte el representante legal de la Concesionaria de Occidente SAS, quien también aseveró que la sociedad “...no tuvo ningún vínculo con las obras de ruta del sol III...”, en las que desempeñó su labor el demandante, siendo su lugar de trabajo “Plato” - Magdalena, como se relacionó en el contrato; por lo que no se evidencia relación alguna entre dicha sociedad y el aquí demandante; como lo argumentó el a quo, al considerar que no existía legitimación en la causa respecto de la citada codemandada.

Además, adviértase que el fundamento jurídico de la solidaridad es la ley, y se encamina a proteger los derechos de los trabajadores, para cuyo efecto se le hacen extensivas, al obligado solidario, las deudas insolutas que, por lo general, son por concepto salariales, prestacionales e indemnizatorios, ante la eventual insolvencia del deudor principal, que no es otro que el empleador; al considerarse en términos generales, que aquel se encuentra en mejores condiciones económicas que éste; sin embargo, en el presente asunto no se da esa situación, según se colige de la participación accionaria de Conalvías SAS respecto de la Concesionaria de Occidente SAS. ya que la misma es del “...92.97% ...”; como se indica en el Certificado de existencia y representación legal de la empleadora.

Por consiguiente, al no haber participado la Concesionaria en la ejecución de la obra en la cual se vinculó el demandante, ni haber tenido injerencia alguna en las actividades por éste desarrolladas, no es procedente la aplicación de la solidaridad deprecada, en virtud de lo cual, se denegará dicha petición.

Finalmente, sobre la absolución que repara el apoderado del accionante, por la **sanción moratoria** del artículo 65 del CST, conviene decirse, atendiendo los argumentos de la alzada; que no hay lugar a la misma, dado que no hubo condena por salarios o prestaciones sociales, entendidas como cesantías, primas, entre

otras, que son los emolumentos o acreencias, cuyo no pago oportuno dan lugar a la referida indemnización.

En el presente asunto, se elevó condena por la indemnización del artículo 64 de la norma sustantiva laboral, que aunque como lo alegó el apoderado del actor al presentar su recurso, no se canceló a la terminación del contrato de trabajo; la falta de pago de dicha acreencia no conlleva la imposición de la sanción implorada, en los términos del artículo 65 ídem, dado que el mismo prevé “...Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador **los salarios y prestaciones debidas**, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización...”; y al no comportar dicha indemnización por despido naturaleza salarial o prestacional, sino como su nombre lo indica indemnizatoria, no procede respecto de la misma la aplicación del apartado legal que contempla la sanción moratoria, por lo que, siendo el único argumento esbozado para el apelante al respecto, se confirmará la absolución impartida.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en el recurso.

Sin condena en costas en la instancia, habida consideración de la falta de prosperidad de ambos recursos.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **MARCO ANTONIO SIERRA CÁRDENAS** contra la sociedad **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y

CONCESIONARIA DE OCCIDENTE S.A.S. EN LIQUIDACION, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEYDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria