

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDUARDO DÍAZ SÁNCHEZ CONTRA FUNDACIÓN PARA LA RECOPIACIÓN Y LA DIVULGACIÓN DE CONOCIMIENTO. Rad. 2015 – 00368 01 Juz. 15.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

EDUARDO DÍAZ SÁNCHEZ demandó a FUNDACIÓN PARA LA RECOPIACIÓN Y LA DIVULGACIÓN DE CONOCIMIENTO, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 2 y 3.

- Declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo entre el 10 de enero y el 30 de mayo de 2013.
- Despido injusto.
- Salarios insolutos.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Indemnización moratoria.
- Aportes a seguridad social.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folio 3 a 5. Ingresó a trabajar el 10 de enero de 2013, en el comedor Turbay Ayala, a cargo de la Alcaldía Local de Santa Fe, mediante contrato a término fijo inferior de un año, suscrito con la Fundación para la Recopilación y la Divulgación de Conocimiento – FUNDOC – contratista del

Distrito mediante el Convenio de Asociación No 008 de 2012, el cual tenía una duración de 305 días prorrogables. El 1 de marzo de ese año, se prorrogó el contrato por dos meses, su cargo era de confianza y manejo, se desempeñó como coordinador operativo del comedor comunitario. En la cláusula 4 del contrato, se estableció que no tendría derecho al pago de horas extras. El 06 de abril de ese año, la demandada le notifica la no prórroga de la relación laboral y que ésta iba hasta el 7 de mayo de ese año. La Alcaldía el 9 de mayo de 2013, informó que el comedor comunitario operaba hasta el 23 de ese mes y año, por lo que hasta esa fecha ejerció sus labores en el comedor, y terminó sus actividades en las instalaciones de FUNDOC. El 14 de agosto de 2013, solicitó a FUNDOC el pago del salario del mes de mayo y sus prestaciones, solicitud reiterada el 29 de noviembre de ese año. Le fueron cancelados 7 días del mes de mayo. Su salario fue de \$1.448.594 y comprendía una bonificación habitual de \$403.594. Se le hizo una liquidación entre el 10 de enero al 28 de febrero de 2013, con un salario de \$589.500 cuando su salario real fue de \$1.353.273 y adicional contaba con una bonificación de \$763.773 que la demandada determinó como gastos de representación. Tal situación se reiteró con el segundo periodo liquidado de las prestaciones comprendido entre el 1 de marzo al 7 de mayo de 2013, donde no se tuvo en cuenta los gastos de representación, lo que también afectó los aportes a seguridad social y el pago de las cesantías. El 06 de marzo de 2014 se intentó conciliar con la demanda pero no fue posible llegar a ningún acuerdo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, el A quo en auto del 16 de febrero de 2017 (fl 112) nombró a la demandada *curador ad litem*, quien contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 136 a 144.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó el vínculo laboral, el extremo inicial, las prórrogas, el cargo, el reclamo de salarios y prestaciones sociales y el llamado a conciliación.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, pago, indebida notificación, cobro de lo no debido y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que absolvió de las pretensiones y declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. Llegó a esa determinación al resaltar que no se probó un solo contrato de trabajo en los extremos solicitados (10 de enero hasta el 30 de mayo de 2013), dijo que la liquidación de prestaciones aportada por el actor (fl 40) refleja dos contratos, el primero comprendido entre el 10 de enero y el 28 de febrero de 2013, por lo que al no haber ningún escrito o copia de este vínculo laboral, el A quo, concluyó que la primera vinculación correspondía a un contrato a término indefinido, el cual debió haber terminado por voluntad de las partes, ya que a partir del 01 de marzo de ese año obra un contrato a término fijo (fl 12). En cuanto al extremo final de ésta vinculación, dijo que tal documento pactó la duración de dos meses, pero la liquidación ya referida, tomó como extremo final el 7 de mayo de ese año, el actor demandó la vigencia del contrato hasta el 30 de mayo de 2013, pero los folios 38 y 41 se refieren a un contrato que se extendió hasta el 23 de mayo de ese año, por lo que concluyó que en el caso, después del 8 de mayo de 2013, no existía evidencia de que el actor haya prestado sus servicios. En cuanto al acta de visita ilegible que trata de una verificación de raciones entregadas el 22 de mayo de 2013, el juez dijo que podía concluir que el demandante en ese momento estuvo entregando el comedor, pero no prueba que los días anteriores los hubiera trabajado, por eso concluyó que la existencia del segundo contrato de trabajo, se dio entre el 1 de marzo al 7 de mayo de 2013, y por ende las pretensiones relacionadas con el pago de acreencias entre el 8 al 30 de mayo no estaban llamadas a prosperar.

De otra parte, el juez de oficio y sin que se haya elevado pretensión al respecto, analizó lo concerniente con los ingresos del demandante y concluyó que solo obran dos pagos por concepto de reconocimiento a la labor, por valores diferentes, por lo que al no tenerse certeza de su naturaleza para determinar si es factor salarial, determinó que no había lugar a revisar o reliquidar las liquidaciones. En cuanto a la forma en que terminó la relación laboral, señaló que la carta de terminación del contrato, se refiere al suscrito el 10 de enero de 2013, contrato que no coincide en los extremos del que reposa a folio 12, y que corresponde al último demostrado, en ese orden tampoco se cumplió con la carga de la prueba, en demostrar que la

terminación del vínculo laboral lo fue sin justa causa, por lo que tampoco había lugar a la indemnización deprecada.

Recurso de apelación.

La parte actora, en su apelación resaltó la conducta desleal de la contraparte favorecida con un fallo absolutorio. No desconoce que tiene la carga de la prueba y dijo haber aportado lo que pudo recopilar. A la curadora *Ad litem* no le consta ninguna situación concerniente a la relación laboral, no se tuvo en cuenta la conducta renuente de la llamada a juicio, la cual tiene como consecuencia declarar como ciertos los hechos susceptibles de confesión. El demandado ha tenido conocimiento del proceso de muchas maneras, se notificó de todas las formas posibles. Como no hay una liquidación del contrato a término indefinido, resulta grave afirmar que el contrato a término fijo reemplazó el de término indefinido el cual no se liquidó. El Juez, por el hecho de que la liquidación dice que el contrato finaliza el 7 de mayo, entonces amplía a mutuo propio el extremo final. Considera que, si no hay prueba de prórroga, entonces el contrato del 01 de marzo fue prorrogado automáticamente por el mismo tiempo, y por eso reclama la indemnización por despido sin justa causa. No está demostrado que haya una prórroga hasta el 7 de mayo, la única prueba es el contrato, y este dice que finaliza el 30 de abril.

Insiste que se debió haber probado la liquidación del contrato a término indefinido. Alega que hubo una unidad de contrato, no se demostró que entre uno y otro contrato haya cambiado su objeto y no cambiaron funciones. En cuanto a la diferencia en la remuneración, la liquidación y los comprobantes de nómina, dijo que al actor se le liquidaba un sueldo básico inferior a la remuneración mensual recibida, considera que un coordinador de un centro comunitario, y administrador, profesional no puede devengar \$580.000, porque ese valor desnaturaliza el cargo, no se aportaron todos los comprobantes, pero era la demandada la que tenía que traerlos y demostrar lo contrario. Cuando solicitó la liquidación de las cesantías, claramente ello obedecía al salario real, y si se revisa la liquidación cada contrato difiere en los salarios, por lo que solicita que se liquide las cesantías, pero sobre el salario real y para ello tener en cuenta los sobresueldos que se pagaban como gastos de representación. Alegó la aplicación del art. 24 del CST, y resaltó que al proceso se trajo unas actas de interventoría por entrega de alimentos, junto con avisos de la

Alcaldía Local, donde se habla que el servicio del comedor comunitario iba hasta el 23 de mayo, sin que sea dable pensar que entre 7 al 23 de mayo el comedor funcionó sin administrador. Dijo que por regla general las interventorías llegan por sorpresa, y si el actor tiene esas actas es porque estaba ahí. Pide se aplique la sanción a la demandada por no venir a la audiencia de conciliación y tener por confesos los hechos de la demanda.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020). Ninguna de las partes hizo uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Previo a iniciar el análisis correspondiente, precisa La Sala que de conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora, probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Dicho esto se procede a determinar si entre EDUARDO DÍAZ SÁNCHEZ y la demandada FUNDACIÓN PARA LA RECOPIACIÓN Y LA DIVULGACIÓN DE CONOCIMIENTO, existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 10 de enero y el 30 de mayo de 2013, pues de ello, depende la prosperidad de las demás pretensiones.

Para definir la existencia de la Relación Laboral con FUNDOC se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador en virtud de la cual; una vez se acredite la

prestación del servicio se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Acorde al sustento normativo, corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso.

Al cartulario se aportaron los siguientes documentos: contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (fl 12 a 14), suscrito el 01 de marzo de 2013, con fecha final 30 de abril de ese año, con un salario de \$1.045.000, en el cargo de coordinador operativo del comedor comunitario Turbay Ayala. Carta de notificación del vencimiento del contrato (fl 18) que indica: *"... me permito comunicarle que el contrato a término fijo suscrito con usted en día 10 de enero de 2013, en el que se desempeña como COORDINADOR ADMINISTRATIVO en el comedor comunitario TURBAY AYALA ... y el contrato de trabajo que nos vincula laboralmente, que tiene como vencimiento el día 07 de mayo de 2013, no será prorrogado debido a la terminación del contrato que nos vinculaba con la Alcaldía ... que el contrato que los vincula actualmente no será prorrogado ni renovado"*. Convenio de asociación 008 del 12 de marzo de 2012, donde FUNDOC contrata con la Alcaldía Local de Santa Fe, el servicio de apoyo alimentario y nutricional para personas en situación de inseguridad alimentaria (fls 19 a 26), aviso al usuario de la clausura del comedor a partir del 23 de mayo de 2013. Acta de visita administrativa y financiera (del 23 de mayo de 2013 - fls 28 y 29) cuyo objeto es *"verificación raciones entregadas"* y en ella se indica que el operador hace entrega del 100% de la cofinanciación propuesta, allí se indica que la visita es por el cierre del convenio, al que asistieron 150 participantes. Los folios 30 a 37, resultan ilegibles por lo que no se tiene certeza de su contenido. En el folio 38, reposa reclamación laboral, dirigida a FUNDOC, en la que pretende el pago del salario y las prestaciones comprendidas entre el 10 de enero al 23 de mayo de 2013, lo cual reitero el 29 de noviembre de 2013, en la que informa que se pagó 7 días del mes de mayo y prestaciones legales, no obstante, se sigue adeudando esos conceptos por el lapso entre el 8 al 23 de mayo fecha de cierre del comedor. También obran dos nóminas correspondientes a enero y marzo de 2013, que contienen un ítem denominado reconocimiento a la labor, una por \$763.773 y \$403.594 (fls 38 y 38), a folio 40 reposa liquidación de las prestaciones sociales efectuada por FUNDOC, la cual contempla dos vinculaciones, la primera,

desde el 10 de enero y el 28 de febrero de 2013 y la segunda, entre el 01 de marzo y el 7 de mayo de ese año. Finalmente, reposa acta de no acuerdo conciliatorio ante el Ministerio de Trabajo, del 06 de marzo de 2014, donde el actor reclama salarios y prestaciones entre el 8 y el 30 de mayo de 2013 (fl 41).

De otra parte, se cuenta con **el interrogatorio de parte rendido por el actor**, quien indicó que inicialmente hubo 2 contratos, uno con un salario aproximado de \$500.000, y un pago adicional, de gastos de representación, para un total de \$1.300.000. Posteriormente por requerimiento de la interventoría se modificó ese pago, y se fijó en \$1.045.000 como asignación básica y por gastos de representación \$300.000. Dijo que las modificaciones contractuales lo fueron en cuanto al salario, su contrato terminaba el 30 de abril del 2013. Su labor en el comedor, era de confianza y manejo, y no se limitaba a estar en el comedor, también desarrolló actividades en la Fundación y tenía que madrugar a Corabastos o al Fruver a mercar. No firmó ninguna terminación de contrato, recibió una notificación de terminación donde se le informó que su contrato fenecía el 7 de mayo de 2013, pero el contrato se terminaba el 30 de abril de ese año, por lo que considera que esa notificación estaba fuera de los 30 días que tenía la empresa para comunicar esa decisión. Cuando le preguntaron cuántas veces le pagaron la bonificación, indicó que el pago de los gastos de representación, estaba dentro del pago que percibía, era habitual, y aportó al proceso los desprendibles que le fueron entregados.

A efectos de resolver el recurso, es de precisar que la demanda se tuvo por contestada a través de *curador ad litem*, circunstancia que resulta importante resaltar en la medida que la confesión ficta que reclama el recurrente, por la inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación y al interrogatorio de parte, no procede. De una parte, se tiene que el interrogatorio a la demandada ni siquiera fue decretado, precisamente por la representación del extremo pasivo, y al respecto la parte actora en esa etapa procesal no expresó inconformidad alguna. Aunado a esto, es de recordar que al estar la demandada representada por *curador ad litem*, a éste por actuar en representación del ausente, le está prohibido confesar como auxiliar de la justicia, bajo ese entendido al no disponer del derecho en litigio, no se le exigen los supuestos del artículo 191 del CGP, situación que se precisó por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado

No. 19101 del 4 de diciembre de 2002¹. Ahora, en gracia de discusión, si se hubiera decretado el interrogatorio de parte y la convocada no estuviera representada por *curador ad litem*, y sumando a esto, no hubiera asistido al interrogatorio, los efectos que persigue el demandante tampoco tienen alcance, porque para tener los hechos susceptibles de prueba de confesión, no solo es necesario que se hubiera dictado la respectiva decisión en la audiencia de conciliación y en la de práctica del interrogatorio de parte, pues además es necesario que en la audiencia se concrete cuáles son los hechos que se declaran probados, no siendo esta etapa la oportunidad para ello. (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral – Radicado No. 26.257 del 21 de febrero de 2006²).

Continuando con el recurso y a efectos de establecer los extremos del contrato, el folio 40, en efecto avizora la liquidación de prestaciones sociales de dos contratos, uno desde el 10 de enero hasta el 28 de febrero de 2013, el cual se liquidó con un salario de \$589.500, y el otro desde el 01 de marzo al 7 de mayo de esa anualidad, y en este se tomó como salario la suma de \$1.045.000, el cual coincide con el salario establecido en el contrato suscrito para ese término (fl 12). Por lo que la conclusión de la existencia de dos contratos, en efecto resulta acreditada con el material probatorio aportado por la parte actora y por ende la liquidación de las prestaciones está acorde con los extremos y salarios probados.

¹ “En efecto, la manera como está regulada la confesión ficta o presunta en el artículo 210 del C. de P. C. permite colegir que la no comparecencia del citado a la audiencia prevista para la práctica del interrogatorio de parte, que hace presumir como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, necesariamente está referida a la parte que ha comparecido al proceso, pues es la que puede ser considerada como renuente a atender la citación a la práctica del interrogatorio ordenado, presupuesto que desde luego no se cumple respecto de quien no se presenta al proceso por haber sido imposible su notificación personal, cualquiera que sea la causa, pues si desconoce su existencia no es razonable entender que quiere evadir sus obligaciones procesales.

Es cierto que las partes tienen unas cargas y deberes dentro del proceso pero éstas difieren en el caso de la demandada según haya o no comparecido al proceso, pues en principio no se le puede imputar a quien le fue nombrado curador ad litem, ante la imposibilidad de la notificación personal, el incumplimiento de las órdenes del juez o de sus obligaciones como tales cuando se supone que desconoce el trámite dado al proceso y, por consiguiente, los mandatos y disposiciones en general emitidas en el mismo.

No demuestra en consecuencia la acusación que el juzgador de segundo grado incurrió en un error jurídico al concluir que resultaba improcedente declarar confeso al demandado por no haber asistido a absolver el interrogatorio de parte previsto en este asunto”.

² “ En verdad la confesión ficta que afirma el recurrente no fue apreciada por el Tribunal, pero aún si se hubiera estimado, en manera alguna podía tener valor probatorio, dado que no basta con la simple constancia dejada por el Juzgado de la incomparecencia del absolvente como aquella que corre a folio 147 y que aparece transcrita en el resumen de la demostración del cargo, porque para su validez se requiere de la declaración del juez instructor donde se exprese adecuadamente sobre cuáles hechos recaerá dicha confesión, actividad que en el sub lite no se cumplió porque la citada constancia se limitó a reseñar la solicitud elevada por el apoderado de la parte actora en la audiencia cuando impetró que “...al dictar sentencia se tengan como ciertos los hechos de la demanda demostrables a través de la confesión...”, omitiéndose infortunadamente el pertinente pronunciamiento del juzgado, lo cual no mereció en su momento reparo de las partes y, en consecuencia, no era factible que el ad-quem frente a los puntos en discusión extrajera o le diera los efectos que ahora busca la censura que se le impriman como confesión ficta o presunta que no fue debidamente estructurada como lo exige la ley procesal.”

Ahora, a fin de establecer cómo terminó el segundo contrato, en el hecho 8. de la demanda, se indica que entre la Alcaldía y Fundoc, el 2 de mayo se prorrogó el contrato por 10 días, para presentar saldos en las entregas de raciones alimentarias, pero aquí no dice que esa prórroga fue extensible al demandante, ni que éste hubiere tenido que ir a las instalaciones donde quedaba el comedor durante ese término, las actas aportadas dan cuenta que el demandante estuvo presente el día 23 de mayo de 2013, pero no se equivoca el juez al aseverar que tales documentales constituyan prueba alguna para inferir que más allá del 7 de mayo de ese año, el demandante estuvo prestando servicios, por lo que la terminación del contrato probada en el proceso, corresponde al 7 de mayo de 2013. Sin embargo, esto no hace que la terminación del contrato este ajustada a los parámetros del numeral 1 del art. 46 del C.S.T., pues está demostrado que el último vínculo lo fue a término fijo por dos meses (01 de marzo y el 30 de abril de 2013), y al no haber prueba de que el preaviso se realizó en los términos que lo exige la norma en mención, al demandante le asiste derecho al reconocimiento de una indemnización que debe pagar la demandada por 53 días de salario, la cual asciende a la suma de \$1.846.166 la cual se deberá indexar al momento de su pago, pues en efecto ante la ausencia de un preaviso en término (esto es al 30 de marzo de 2013) el contrato se prorrogó de forma automática. Ahora, si en gracia de discusión, se admitiera que el preaviso que milita a folio 18, se refiere a éste segundo contrato, el cual no es así porque habla de un vínculo que inició en otra fecha, tal situación ratifica aún más la extemporaneidad del mismo, lo que sigue corroborando la prórroga ya señalada.

Finalmente, en lo que respecta a la liquidación de las prestaciones con fundamento en los gastos de representación, los cuales no fueron pedidos en la demanda pero si revisados de oficio por el A quo, se tiene que este concepto como los sobresueldos alegados en el recurso, no fueron probados, y los que si obran en las nóminas, corresponde al concepto de reconocimiento a la labor, no obstante, de los 4 meses y 7 días trabajados para la misma demandada en diferentes contratos, se tiene que el pago de este concepto lo fue solo dos veces, y en montos distintos, sin que de ello se pueda pregonar una habitualidad que los haga constitutivos de salario.

De conformidad con lo expuesto, Solo se accederá a la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa.

Costas.- Las de primera corren a cargo de la demandada. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso.

DECISIÓN

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

RESUELVE

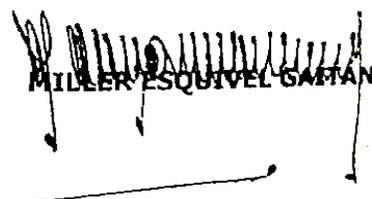
PRIMERO.- MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de febrero de 2019, en el sentido de condenar a la demandada FUNDACIÓN PARA LA RECOPIACIÓN Y LA DIVULGACIÓN DE CONOCIMIENTO pagar al actor la suma de \$1.846.166, indexada al momento del pago, por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa. En lo demás se confirma la decisión por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.-: COSTAS Las de primera corren a cargo de la demandada. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE ÁNGELA MARÍA RAMÍREZ RANGEL CONTRA TEMPORAL QUALITY SAS y PEZKO DC FINE FOOD SAS. Rad. 2016 – 00242 01 Juz. 38.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ÁNGELA MARÍA RAMÍREZ RANGEL demandó a TEMPORAL QUALITY SAS y PEZKO DC FINE FOOD SAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folio 2.

- Reintegro.
- Estabilidad laboral reforzada.
- Pago de salarios y prestaciones.
- Vacaciones.
- Indemnización del art. 26 de la ley 361 de 1997.
- Indexación
- Facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 5. La actora ingresó a trabajar con la Temporal Quality SAS el 9 de julio de 2015, fue enviada como trabajadora en misión a la empresa PEZKO DC FINE FOOD COCINA para desempeñar el cargo de administradora de compras e inventarios, su salario fue de \$644.350 quincenales más el subsidio de transporte, su horario era de 8am a 6pm y los sábados de 8am a 2pm. Las órdenes las impartía PEZKO, el 10 de septiembre de 2015, presentó dolor ocular y fue incapacitada por dos días. Su diagnóstico fue pterigión y se programó cirugía

para el 3 de noviembre de ese año. La incapacidad, el diagnóstico y la cirugía fueron debidamente notificados al empleador. El contrato terminó el 17 de septiembre de ese año. Interpuso acción de tutela que conoció el Juzgado 56 Penal del Circuito, quien en sentencia del 13 de enero de 2016 tuteló sus derechos fundamentales de forma transitoria y dispuso su reintegro sin solución de continuidad.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada **TEMPORAL QUALITY SAS** contestó en los términos del escrito visible a folios 85 a 94.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la mayoría de los hechos de la demanda excepto el inicio de la relación laboral, quien impartía las órdenes y los motivos de la terminación del contrato.
- Formuló como excepciones de mérito; el carácter temporal de la protección constitucional, cobro de lo no debido, ausencia de los presupuestos facticos para causar obligaciones indemnizatorias y buena fe.

La demandada **PEZKO DC FINE FOOD SAS** estuvo representada a través de curador ad litem quien contestó la demanda a folios 142 y 143.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; cobro de lo no debido, inexistencia e inexigibilidad de la obligación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que absolvió a las demandadas. Para llegar a esa determinación tuvo en cuenta que, si bien no se acreditó en el proceso ninguna circunstancia legal para terminar el contrato de trabajo, lo cierto fue que la demandante tampoco demostró alguno de los grados de discapacidad definidos en la ley y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En cuanto a las prestaciones derivadas de la orden de tutela indicó que para ello debía acudir al incidente de desacato por ser esa la acción legal para su cumplimiento.

Recurso de apelación

La parte actora está inconforme con la decisión porque el juez no tuvo en cuenta la confesión del apoderado judicial de Quality SAS al aceptar los hechos 11, 12 y 13 relacionados con la enfermedad de la actora. No es necesario contar con una pérdida de capacidad calificada superior al 15% según la interpretación de la Corte Constitucional. Considera que su amparo procede ante la falta de autorización de la oficina de trabajo y que basta con demostrar una situación de salud que impida o dificulte sustancialmente el desempeño de las labores. La demandada confesó estar enterada de la cirugía y la patología que presentó la demandante y a pesar de eso se dio por terminado el contrato, por lo que se genera la indemnización que contempla el artículo 26 de la ley 361 de 1997. De otra parte, resalta que por lo menos hasta el 23 de febrero de 2017, la Temporal aceptó que el contrato se encontraba vigente con ocasión del fallo de tutela y a pesar de ello no se cancelaron los respectivos emolumentos.

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

Parte demandante: Resaltó la condición de debilidad manifiesta de la actora, quien fue desvinculada en tratamiento médico, su empleador conocía de esa situación y no se solicitó la autorización del Ministerio de Trabajo, por lo que, bajo el amparo de los derechos fundamentales a la salud, estabilidad laboral, vida digna y seguridad social, solicita el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y los demás que resulten probados de conformidad con las facultades ultra y extra petita.

Parte demandada: No hizo uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Existencia de la Relación Laboral

Frente a la existencia de la vinculación laboral, los extremos (8 de julio al 17 de septiembre de 2015), cargo y salario no hay controversia en el asunto, ya que fueron hechos aceptados por la demandada Temporal Quality SAS, quien contrató a la

demandante para enviarla como trabajadora en misión en el cargo de administradora de ventas e inventarios a PEZKO DC FINE FOOD. Así se desprende de las documentales contentivas del contrato de trabajo por labor (fls 7 y 8) y la remisión de la actora a la empresa usuaria (fl 27).

Estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997

Frente a la estabilidad laboral reforzada y aplicación de la Ley 361 de 1997, se debe indicar que la jurisprudencia laboral ha considerado que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato se traduce en una garantía especial que procede exclusivamente para las personas que presenten una "minusvalía" o "limitación", superior a la moderada inclusive, con sujeción al artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, más no para las que padezcan cualquier tipo de limitación, ni menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud (sentencias de 27 ene. 2010 rad. 37514, de 30 ene. 2013 rad. 41867, SL14134, SL12110 y SL13657 de 2015 rads. 53083, 48484 y 56316, entre muchas otras más). Sin embargo, no se puede perder de vista, por una parte, que el mencionado artículo 7º del Decreto 2463 actualmente no se encuentra vigente, en virtud de la expedición del Decreto 1352 de 2013 y por lo mismo, no podría hablarse de limitaciones en los grados allí previstos. Para La Sala, para que proceda esta protección especial según el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, se deben tener en cuenta los sujetos que presenten alguna afectación en su estado de salud, siempre y cuando aquel les impida, de alguna manera, ejercer una actividad laboral en condiciones normales, es decir aquellos que presentan un grado de discapacidad, aunque no los coloque en situación de invalidez, o con una pérdida de capacidad laboral en los grados anteriormente referidos, esto es un estado de debilidad manifiesta dada la afección física, sensorial o psíquica (CC, sentencias T-307 de 2010, T-516 de 2011, T-302 de 2013, y T-420 de 2015), interpretación que también ha sido asumida recientemente por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar la sentencia SL 11411-2017, Radicación 67595 del 2 de agosto de 2017 con ponencia Dr. Rigoberto Echeverri Bueno¹.

¹ "la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad. (Sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845)
(...)"

Así las cosas, no le asiste razón a la censura al sostener que para que el demandante pudiera ser objeto de especial protección a la estabilidad laboral, debía contar con un carné o certificación que lo identificara

Como ya se indicó, el contrato de trabajo terminó el 17 de septiembre de 2015 (fl 20), la actora fue atendida el día 11 de ese mes y año (fl 9) por dolor ocular y se le expidió incapacidad por tres días, a folio 11 se aportó otra incapacidad por los días 15 y 16 de septiembre de ese año, su diagnóstico fue "*pterigión y dolor ocular*" (fl 40), se programó cirugía para el 3 de noviembre de 2015 (fl 44) y el 13 de enero de 2016 en ejercicio de la acción de tutela, el Juez 56 Penal del Circuito – Programa de Descongestión OIT, ordenó a la Temporal reintegrar a la actora sin solución de continuidad al cargo desempeñado con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir (fls 47 a 57). También obra en el proceso concepto de aptitud ocupacional (fl 95) el cual, si bien se expidió 5 días después de finalizado el vínculo contractual, tal concepto expresa que la demandante es apta "*con patologías que no interfieren en la labor*" con restricciones temporales como "*no exponer a levantamientos de carga, actividades que impliquen sobre esfuerzos físicos*".

Del interrogatorio de parte de la demandante, se resalta que fue contratada por la Empresa Temporal para laborar en PEZKO como administradora de eventos e inventarios (era mesera y cajera) dijo que su contrato terminó porque presentó una incapacidad el 10 de septiembre de 2015 y su jefe la envió a la Temporal porque el contrato había terminado. Para ese momento ya tenía programada la cirugía y estaba incapacitada. Interpuso una acción de tutela en la que se ordenó su reintegro y afirma que no fue ubicada, devengó el salario mínimo junto con un auxilio, los cargos ofrecidos eran para contestar el teléfono o archivar pero no el cargo inicial. En lo que respecta al interrogatorio de la empresa Temporal Quality, se impuso multa por su inasistencia y se indicó que se presumirían como ciertos los hechos de la demanda.

De conformidad con lo anterior, La Sala no desconoce que la demandante estuvo incapacitada previa desvinculación laboral y que para ese momento ya se le había programado una cirugía. No obstante, es importante tener en cuenta que la aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada no opera *ipso facto* por solo alegar la existencia de una patología, pues el estado médico de quienes acuden a la aplicación de este derecho, si bien tampoco se limita a quienes hayan sido calificados con

como minusválido o disminuido, pues tales documentos no tenían un carácter constitutivo de esa condición.

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues, de acuerdo con lo adoctrinado por esta sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. (Sentencia CSJ SL10538-2016)"

pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni es necesario acreditar el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral, tal como lo alega la recurrente en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo cierto es que la situación de salud de quien acude a este amparo debe ser de tal relevancia que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, circunstancia que no fue demostrada en el expediente, ya que el diagnóstico “*pterigión y dolor ocular*” no se probó que afectara el normal desempeño de las actividades que narró la actora en el interrogatorio, consistentes en abrir la caja, hacer los costos, inventarios, compras y desempeñarse como mesera.

En consecuencia, ante la falta de prueba de la limitación sustancial de la capacidad laboral de la demandante, no se puede concluir que la afección padecida fuera el motivo de la desvinculación y mucho menos que ésta se apoyó en razones discriminatorias, por lo que la terminación del contrato de trabajo se considera legítima.

En lo que respecta al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, al no prosperar el reintegro deprecado, La Sala no puede impartir condena. Ahora, cabe aclarar que las prestaciones económicas derivadas del fallo de tutela tal y como lo indicó el juez de instancia, deben ser perseguidas a través del incidente de desacato, por ser ésta la acción pertinente para pretender el cumplimiento de esa acción constitucional.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman, la de alzada están a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Doscientos Mil Pesos (\$200.000) como costas en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de febrero de 2019, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman, la de alzada están a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Doscientos Mil Pesos (\$200.000) como agencias en derecho.

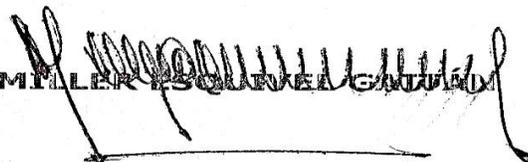
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAMBOA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JONATHAN WILMER MALAGON SÁNCHEZ contra LÍNEAS COLOMBIANAS DE TURISMO SA. Rad. 2016 – 00627 01 Juz. 06.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

JONATHAN WILMER MALAGON SÁNCHEZ demandó a LÍNEAS COLOMBIANAS DE TURISMO SA, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 4 y 5.

- Declaratoria de dos contratos de trabajo a término fijo.
- Declaratoria de la bonificación de \$300.000 como salario.
- Auxilio de transporte.
- Dotación.
- Trabajo suplementario.
- Reajuste de aportes a seguridad social.
- Diferencias en comisiones del 4% por viajes en carretera, desde el 01 de enero de 2009 y el 01 de julio de 2016.
- Comisiones del 10% por viajes en carretera desde el 20 de agosto de 2015 y el 05 de marzo de 2016.

- Pago de la cuenta de cobro radica el 16 de junio de 2016, por concepto de limpieza del móvil 1202.
- Las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folio 3 y 4. Suscribió dos contratos de trabajo con la demandada, el primero a término fijo inferior a un año, que fue prorrogado y sus extremos fueron del 01 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2010. El otro contrato inicio el 01 de enero de 2011 hasta el 01 de julio de 2016, el cual terminó por renuncia. Se le reconoció una bonificación continua por la suma de \$300.000 entre el 01 de enero de 2009 y el 01 de julio de 2016, la cual constituye salario. El 7 de marzo de ese año, al recoger el móvil 1503 que estaba en mantenimiento, el mismo se rodó encima del actor y ese accidente de trabajo le generó una incapacidad de 85 días. El 1 de junio de ese año regreso a sus labores, el día 30 de ese mes, la empresa le indicó que debía pagar los daños que se generaron con el móvil (\$500.000). Una vez se reintegra al cargo se le asigna el móvil 1202 en precarias condiciones de aseo, por lo que realizó la limpieza pensando que este dinero se le iba a restituir (\$199.350). El 04 de agosto se le consignó la liquidación de las prestaciones sociales, sin cancelar las indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CST. Durante la vinculación laboral nunca se pagó el auxilio de transporte, no se entregó dotación, laboró horas extras, dominicales y festivos. Los aportes a seguridad social se efectuaron con un IBC inferior al devengado, su contrato inicial contemplaba una comisión del 10%, no obstante, existe una diferencia por pagar del 4% generada entre el 01 de enero de 2009 y el 01 de julio de 2016, también se adeudan las comisiones del 10% por viajes en carretera entre el 20 de agosto de 2015 y el 05 de marzo de 2016.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 66 a 74.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó una sola vinculación laboral, el cobro del móvil 1503 aunque éste no se materializó, la falta de pago de las indemnizaciones de los Artículos 64 y 65 del CST y el 10% de comisión por servicios fuera del perímetro urbano.
- Formuló como excepciones: carencia del derecho, prescripción, cobro de lo no debido, pago, compensación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que condenó a la empresa demandada a pagar al actor la suma indexada de \$2.500.200 por concepto de auxilio de transporte, la diferencia en los aportes a pensión y salud (*desde el 1 de enero del 2009 y el 1 de julio del 2016*) por \$300.000 equivalente a la bonificación mensual con destino a las entidades de seguridad social donde este afiliado el actor y la suma de \$1.383.162 por indemnización moratoria. Llegó a esa determinación al evidenciar que las pretensiones relacionadas con el pago de las horas extras, dominicales y festivos no fueron probadas, su reclamación fue genérica, al juez le está vedado hacer presunciones y la inasistencia del demandando al interrogatorio no tiene alcance de probarlas. En cuanto a la dotación, indicó que, si bien no se demostró su monto o los perjuicios, la empresa en la liquidación de las prestaciones sociales pago por éste concepto \$2.000.000. En cuanto al lavado de vehículo asignado dijo que no se aportó soporte de pago. Frente al auxilio de transporte indicó que no se probó que la empresa lo hubiera pagado, tampoco que hubiese prestado el servicio de transporte directo y gratuito al trabajador, y como el actor percibía un salario mensual inferior a los dos salarios mínimos, procedió a su condena entre el 1 de septiembre del 2013 y el 1 de julio del 2016, ya que sobre el término restante operó la prescripción. En lo que respecta al pago de los aportes a seguridad social (salud y pensión) con inclusión de la bonificación mensual de \$300.000 y el porcentaje de comisiones insolutas, la juez indicó que los viajes urbanos y en carretera no fueron acreditados a efectos de calcularlos, sin embargo, con la confesión ficta de la llamada a juicio, por su inasistencia a la diligencia al interrogatorio de parte, en concordancia con la certificación del folio 32 donde se establece un pago mensual de \$300.000 por concepto de bonificación, la juez concluyó su connotación salarial, aunado a que no se probó que las partes hubieran pactado su exclusión, por lo que ordenó el pago

de esta diferencia frente a estos aportes, los cuales no estaban prescritos. Finalmente, en cuanto al retardo no justificado en el pago de la liquidación final, se tuvo que la misma se pagó un mes y 4 días después a la finalización del contrato, por lo que procedió a su condena en cuantía de \$1.383.162

Recurso de apelación.

La demandada, apeló la condena del subsidio de transporte, si bien nunca lo canceló, ello fue porque el demandante se desempeñaba como conductor, él tenía el vehículo y lo usaba para transportarse desde el hogar al trabajo y viceversa. En cuanto a los aportes a seguridad social, por la suma adicional de \$300.000, considera que tal rubro como lo dijo el actor en su interrogatorio de parte, era una suma reconocida y pagada por un tercero (el Minuto de Dios), la empresa hizo los aportes conforme los ingresos del trabajador, sin embargo, dijo que corresponde a las entidades que administran la seguridad social adelantar las acciones de cobro, conforme los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993 y en cuanto a la indemnización moratoria, por 33 días, indicó que la mora en el pago lo fue por culpa del demandante, pues él fue el que se tomó su tiempo para informar por cual medio requería su pago.

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

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa procesal.

Parte demandada: Considera que el demandante no tiene derecho al auxilio de transporte porque él tenía autorizado el uso vehículo del hogar al trabajo y del trabajo al hogar, ni a la indemnización, ni a los aportes a seguridad social, porque las acciones de cobro corresponden a la AFP y EPS.

CONSIDERACIONES

En este caso no existe controversia sobre la actividad desempeñada por el demandante, quien ostentó el cargo de conductor, los extremos de la relación laboral y la finalización del mismo. Así las cosas, La Sala procede a determinar si la

demandada está obligada a pagar el subsidio de transporte, la diferencia de los aportes a seguridad social y la indemnización moratoria.

Para resolver el litigio se cuenta en el expediente con las siguientes documentales; comprobantes de pago entre el 15 de marzo y 30 de junio de 2015 (fls 11 a 31), certificación laboral (fl 32) suscrita por la demandada en la que señala que el actor devenga mensualmente los siguientes concepto: "salario básico \$635.000, 6% por viajes ocasionales \$600.000 – aproximadamente y bonificación no constitutiva de salario \$300.000", la liquidación del contrato de trabajo (fl 38 y 107) la cual se liquidó en cuantía de \$4.648.920, valor que se transfirió a la cuenta de ahorros del trabajador del Banco Bogota el 4 de agosto de 2016 (fl 39 y 108), planillas de autoliquidación de aportes (fls 111 a 206, 231 a 260).

De otra parte, se cuenta con el **interrogatorio de parte del demandante**, quien reiteró los extremos del contrato de trabajo, dijo que sus condiciones salariales fueron cambiadas porque cuando empezó a trabajar adicional al salario se le ofreció una comisión del 10% que se empezó a pagar por ventanilla, luego se le empezó a cancelar el 7% y dejaron de pagar los viáticos, la comisión por el viaje en carretera era del 10% y el transporte urbano ascendía al 7%. En cuanto a la bonificación de \$300.000, dijo haberla recibido cuando estuvo con la *"Corporación Centro Carismática Minuto de Dios, que era la que autorizaba eso, no directamente por LINCOLTUR, cuando yo pasé directamente con LINCOLTUR, que fue cuando cogí el carro de referencia, ellos no me daban esa bonificación, porque esa bonificación la autorizaba el Minuto de Dios, que era el dueño del carro que yo tenía"*. La empresa cancelaba la bonificación mensual, pero no por autorización de ellos, no recuerda por cuanto tiempo recibió la bonificación, ella se le pagaba a diario con un recibo de caja y se le entregaba en efectivo. El carro que él manejó y administró era del Minuto de Dios (ellos eran los dueños) y él estaba afiliado a LINCOLTUR, los \$300.000 se le pagaban por esa administración del carro.

La juez dejó constancia de que no comparecieron los testigos solicitados por la demandada ni el representante legal a fin de absolver el interrogatorio de parte, por lo que procedió a declararlo confeso de los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 11, excepto el despido y los hechos 3, 4, 7 y 8, en aplicación del art. 205 del CGP.

Dicho lo anterior, y a efectos de resolver lo concerniente con el auxilio de transporte, el cual está previsto en los artículos 2¹ y 5² de la ley 15 de 1959 y que se paga a los trabajadores que devenguen hasta 2 veces el salario mínimo legal, excepto a quienes vivan en el mismo lugar donde ejercen sus labores o a quienes la empresa suministra gratuitamente el servicio de transporte, ya que éstos son los únicos eventos en los que el empleador se puede sustraer de tal pago, pasa La Sala a establecer, si la llamada a juicio cumplió con tal deber o si faltó a este por estar inmersa en alguna de las situaciones ya señaladas. En el caso, la parte actora alega que el auxilio no fue cancelado, y la demanda, justifica la ausencia del pago, al aseverar que el demandante era conductor, tenía un carro a disposición para desplazarse desde su hogar hasta el trabajo, y viceversa.

Pues bien, para resolver el asunto, advierte La Sala que, en virtud de la carga dinámica de la prueba prevista en el artículo 167 del CGP, correspondía al empleador desvirtuar su supuesto incumplimiento (SL2169-2019³), no obstante, la demandada no fue más allá de elevar manifestaciones al respecto, sin acreditar su dicho, faltando a su deber probatorio, pues al proceso no aportó ningún elemento para justificar el no pago del auxilio, no hay una sola prueba que permita concluir que el demandante, en efecto tenía el vehículo a disposición para desplazarse a su sitio de trabajo y devolverse a su residencia, si bien su cargo era conductor, esa situación no prueba que el carro se usó para sustituir el auxilio deprecado, no hay un acta de entrega, con la que se pueda constatar el uso de un vehículo para los fines del desplazamiento alegado, o cualquier elemento de juicio que respalde lo dicho, por eso como la empresa no probó que suministró el servicio de transporte, La Sala encuentra que la condena impuesta por la juez resulta acertada.

En lo que respecta a la bonificación de \$300.000, que la juez encontró constitutiva de salario, si bien la demandada alega que el actor en su interrogatorio manifestó

¹ Establécese a cargo de los patronos en los Municipios donde las, condiciones del transporte así lo requieran a juicio del Gobierno, el pago del transporte desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo, para todos y cada uno de los trabajadores cuya remuneración no exceda de un mil quinientos pesos (\$1.500.00) mensuales. El Gobierno podrá decretar en relación con este auxilio las exoneraciones totales o parciales que considere convenientes, así como también podrá graduar su pago por escala de salarios o número de trabajadores, o monto del patrimonio del respetivo taller, negocio o empresa.

² El costo de este auxilio se absorberá directamente por los patronos, y de consiguiente, no dará base para laza en el precio de los artículos y de los servicios.

³ De este modo, cuando el trabajador afirme que el auxilio de transporte no le fue cancelado, es al empleador a quien le concierne probar que pagó, o que no lo reconoció porque aquel no tenía derecho conforme las excepciones reseñadas.

Lo anterior, resulta válido, en la medida que tal auxilio se otorga por disposición legal, como una compensación al trabajador frente a parte de los gastos de transporte en que incurre para desplazarse a su sitio de trabajo, lo cual se encuentra acorde con las características que revisten al derecho laboral dirigidas a lograr el equilibrio entre las partes de una relación laboral.

que tal pago estaba a cargo de un tercero, como lo es la Corporación Minuto de Dios, lo cierto es que este concepto se pagaba a través de la empresa, tanto es así, que ella lo certificó como una bonificación no constitutiva de salario (fl 32), que el demandante recibía mensualmente, situación que se ajusta a las disposiciones del art. 127 del CST, y como no se acreditó en el proceso algún tipo de cláusula o disposición donde las partes hayan acordado excluirla de la naturaleza salarial, la orden de la reliquidación de los aportes a seguridad social, también resultaba procedente.

Finalmente, en lo que respecta a la condena por la indemnización moratoria, la empresa demandada alega en su defensa que la mora de un mes y 4 días se presentó porque esperó a que el demandante le indicara porque medio se debía realizar el pago de la liquidación de las prestaciones sociales, sin embargo este argumento no justifica la mora, pues bien pudo el empleador haber pagado la liquidación de las prestaciones, en la misma forma en que cancelaba la nómina, pudo haber hecho una transferencia bancaria, o si encontró una conducta renuente por parte del trabajador, éste contaba con la opción brindada por el numeral 2 del art. 65 del CST, no obstante, nada de esto tampoco ocurrió, por lo que tal condena tampoco resulta caprichosa.

Los anteriores razonamientos, son suficientes para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. –CONFIRMA la sentencia apelada proferida el 25 de enero de 2019 por la juez sexta laboral del circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. –COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Fíjense la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

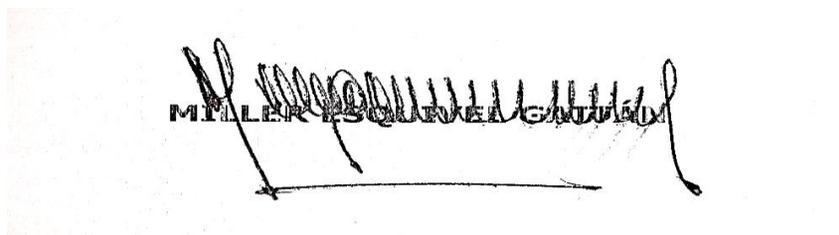
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR VELASQUEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ANDRÉS VIEDA contra SGS COLOMBIA SAS Rad. 2017 – 00420 01 Juz. 10.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalados por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

CARLOS ANDRÉS VIEDA demandó a SGS COLOMBIA SAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 61 y 62.

- Declaratoria de un contrato de trabajo.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Comisiones.
- Último salario.
- Indemnización moratoria.
- Uso de las facultadas ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 59 a 61. El 1 de marzo de 2016, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demanda que finalizó el 22 de agosto de ese año, su salario fue de \$1.4000.000, se pactó una prima adicional por \$400.000. Su labor consistía en desarrollar la logística y los programas tendientes a optimizar el muestreo ambiental, labores de campo y seguridad industrial. Se le adeuda salarios y la liquidación de las prestaciones sociales. A la

terminación del contrato se le entregó tal liquidación, pero no se le hizo consignación alguna.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 114 a 140.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó el cargo y el salario.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de las de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1 de marzo y el 22 de agosto de 2016, en el cargo de operador administrativo, el cual terminó por renuncia del trabajador y su salario ascendió a la suma de \$1.400.000. Llegó a esa determinación, al resaltar que si bien existen unas limitantes para descontar salarios, en el caso se evidenció que la demandada realizó la liquidación de las prestaciones sociales y en ella incluyó la suma de los 22 días de salario del mes de agosto de 2017, vacaciones y la prima no descontable, sin embargo, el actor tenía pendiente por reembolsar los anticipos desembolsados. La liquidación del demandante ascendía a la suma de \$2.631.722,33, el actor tenía pendiente de reintegrar por anticipos un total de \$3.633.334, en consecuencia quedó un valor de \$1.001.611,67 en cabeza del demandante por restituir, y a pesar de ello la empresa decidió dejar el saldo negativo en cero. Como no se probó que el demandante hubiera hecho la legalización de estos créditos, y como obra en el proceso autorización para su descuento, la juez concluyó que la conducta de la empresa al imputar las deudas no constituía ninguna conducta reprochable y por eso declaró probada las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido.

Recurso de apelación.

Si bien se tuvieron en cuenta las autorizaciones del demandante para hacer los descuentos y compensar los dineros pendientes, resaltó que el actor siempre cumplió las funciones asignadas, él obró de buena fe, es la parte débil dentro de la relación laboral, cumplió con todos los requerimientos de la empresa. Fue la demandada la que impuso barreras al actor. Alegó la irrenunciabilidad de los derechos ciertos y la prohibición de conciliarlos o transarlos. Considera que se desconoce la prestación del servicio a la empresa, la decisión afecta el patrimonio del demandante, la empresa estaba en mejor posición de facilitar lo relacionado con los dineros pendientes.

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

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa procesal.

Parte demandada: Dijo que el demandante tenía la obligación de legalizar los anticipos de viaje que le fueron entregados, sin embargo dejó de legalizar la suma de \$3.000.000, por lo que se generó una obligación a cargo del actor y a favor de la Compañía, aunado a la suscripción de la autorización de descuento que la faculta para compensar de la liquidación final de acreencias laborales, los rubros no legalizados, por eso considera que sus actuaciones son de buena fe y se debe declarar la improcedencia de las pretensiones elevadas con la demanda.

La AFP PORVENIR presentó escrito en este proceso haciendo alusión al agotamiento de esta etapa procesal, pero la exposición de sus argumentos dista de las circunstancias fácticas del proceso.

CONSIDERACIONES

No existe controversia en cuanto a la vinculación laboral, extremos, salario y forma de terminación del contrato. Así las cosas, y al interpretar el recurso, La Sala procede a determinar si la demandada podía efectuar el descuento de los anticipos de viajes

no legalizados de la liquidación final de las prestaciones sociales, o si por el contrario fue indebida y contraria a derecho la compensación aplicada.

En el expediente obra el contrato de trabajo a término indefinido (fls 19 a 26) y en su cláusula 6 se estableció la autorización al empleador de descontar de sus ingresos, las sumas que por error se le hayan reconocido, descuento del mayor valor por concepto de salarios o beneficios no salariales, o devolución de dineros en los eventos que se realicen pagos superiores a los que realmente corresponden. En los folios 27 y 28 reposa carta de renuncia y su aceptación, copia de liquidación de prestaciones con neto a pagar \$2.072.588 (fl 32), nóminas (fls 148 a 152) y a folios 155 a 163, reposan 4 anticipos de viaje y un préstamo, por las sumas de: \$500.000, \$1.000.000, \$1.500.000, 950.000 y 539.400. Estos formatos de anticipos, contemplan una cláusula que indica: *"según procedimiento de la compañía me comprometo expresamente a entregar clara y debidamente soportado cada uno de los gastos de viaje, correspondiente a este anticipo que recibí de la compañía, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de mi regreso. En caso de no hacerlo desde este momento autorizo de manera expresa, libre y voluntaria, para que la empresa de acuerdo con lo exigido por el Código Sustantivo de Trabajo en estos casos, me descuenten la totalidad de los dineros que a la fecha he recibido y no he legalizado de mi salario. Igualmente en la eventualidad de la terminación de mi contrato de trabajo por cualquier causa, autorizo expresamente la deducción del saldo pendiente de esta obligación, del monto por concepto de prestaciones sociales, legales, extralegales, indemnizaciones y salarios que me puedan corresponder."* En el folio 162, obra autorización suscrita por el trabajador, para que la empresa descuente del salario la suma de \$950.000 por concepto del anticipo RV1709, y en el folio siguiente, reposa solicitud de préstamo (02 de junio de 2017) por la suma de \$539.400 pagadero en 6 cuotas, en el qué igualmente se expresa que *"En caso de darse por terminada la relación laboral vigente con la compañía, autorizó que de mis prestaciones sociales sea deducido el saldo de tuviese dicha obligación"*. Las documentales que reposan a folios 182 a 195, no fueron tenidas en cuenta por haberse aportado extemporáneamente.

En cuanto a las declaraciones, se cuenta con el **interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada**, quien en lo referente a la liquidación y pago de las prestaciones sociales manifestó que durante la vigencia del

contrato el actor solicitó unos anticipos de gastos de viaje, los cuales deben ser legalizados y esto no se hizo por parte del demandante a la fecha de terminación del contrato. En vigencia del contrato, el actor pidió unos préstamos que tampoco habían sido saldados, y como tales conceptos contaban con autorización específica de descuento firmadas por el actor, cuando se efectuó la liquidación final de acreencias laborales, se procedió a su compensación. Inicialmente se generó una liquidación y luego se hizo el cruce de los emolumentos adeudados, la demandada desconoció la liquidación aportada por el actor, porque ella está suscrita por una funcionaria que no tiene la competencia para definir el valor final de las prestaciones, al demandante se le trató de ubicar en diferentes oportunidades, pero nunca se acercó a la empresa. El demandante tenía claro el procedimiento con los anticipos, los cuales se hacían dentro de los 10 días siguientes al regreso de cada viaje.

El **actor en su interrogatorio de parte**, dijo que en su trabajo se debía desplazar a diferentes ciudades, aceptó conocer el procedimiento de la empresa para la legalización de gastos de viaje, el cual consiste en presentar los recibos o soportes de los gastos que tuvo en campo, en caso de sobrar dinero debía devolverlo, esto se hacía dentro de los 10 días siguientes al llegar de cada viaje. Hubo un proyecto con el que no pudo hacer la legalización, porque le faltaba soportar \$500.000 por concepto de viaje de otras personas que se desplazaron desde Buenaventura. En la liquidación que hace la empresa tiene un descuento por la suma de \$600.000, por concepto de un curso que no realizó. Con la liquidación que aportó al proceso se le expidió un paz y salvo. En la empresa demandada también existe un formato que se llama legalización sin soporte físico que no le quisieron tramitar. La empresa siempre pago su salario y el pendiente del mes de agosto fue incluido en la liquidación aportada. Dejó los documentos de la legalización con David Moreno. En cuanto al préstamo por la suma de \$539.000, dijo que eran los mismos \$600.000 del curso que no hizo, dinero que no reclamó y dejó perder porque no tenía tiempo para hacer los trámites que exigía la empresa para su restitución.

El testigo **JESÚS URIBE** (trabajador en la demandada entre 2013 y 2016 como técnico ambientalista) Fue compañero de trabajo del actor en la misma área, él también recibía anticipos, su procedimiento consistía en la asignación de un proyecto (medición de la calidad del aire, agua o ruido), si requería desplazamiento o toma de muestras, se establecía un presupuesto para la alimentación, hospedaje, compra

de herramientas o insumos necesarios que estuvieran relacionados con la labor. La solicitud del anticipo se realizaba a través de la suscripción de un formulario que debía aprobarse por el superior, luego se hacía una transferencia electrónica a una tarjeta débito, los gastos tenían que estar soportados con facturas, y cuando volvían a la empresa debían presentar toda la relación de los gastos ante un supervisor. En cuanto a la legalización de viajes en controversia con el actor, dijo que correspondía a un proyecto que se desarrolló en Cajamarca con la empresa Anglogold, era un monitoreo que requirió personal adicional y lo que supo fue que se contrató personal de apoyo que se debió desplazar desde Buenaventura, el demandante respondía por ese gasto. Le consta que el actor trato de hacer las diligencias pertinentes frente a la legalización de este proyecto porque ellos compartían apartamento y lo veía en esas diligencias. En la empresa no se podían hacer legalizaciones parciales, se tenía que presentar la documentación completa, conforme los gastos contemplados. En el país hay regiones donde se desarrollan proyectos y no se expiden facturas, en esos casos, la novedad se informa al supervisor quien debe aprobar el gasto. A veces salían proyectos de un día para otro que acarreaban improvisación donde la prioridad era cumplir la labor y esa circunstancia conllevaba conflictos en la legalización. Al testigo le fue cancelada su liquidación de prestaciones. Antes de realizar la liquidación se deben expedir unos paz y salvos en legalizaciones, equipos, parte operativa y entrega de información de un proyecto. En la empresa se presentó la opción de hacer un curso en ISO 1700025 al que se inscribió el actor y que no pudo realizar por estar en campo. No sabe si el demandante tiene préstamos pendientes con la empresa.

La testigo SANDRA ARAQUE (jefe de talento humano de la demandada) fue quien trató de hacer varios acercamientos telefónicos con el demandante para la legalización de los anticipos pendientes y de los que no se tenía certeza de su uso, se le dejaron correos electrónicos y mensajes de voz. Las áreas de contabilidad, nómina y desvinculación, solicitaron el acercamiento con el actor para definir la liquidación de las prestaciones. Karen Miranda, es la analista de liquidaciones y se encarga del proceso operativo, Jonatan Ever Moreno, es el Jefe de Nómina y Compensación y es el responsable de cerrar y finalizar las liquidaciones. No sabe si al demandante se le informó que su liquidación estaba lista. El demandante tenía un préstamo y este contaba con una autorización de descuento, el crédito se otorgó para hacer un curso, no recuerda la cuantía. Contabilidad arrojó una suma pendiente

en cabeza del demandante de 3 millones de pesos por concepto de gastos de viaje, todas las legalizaciones de viaje cuentan con su aprobación, contabilidad en muchos casos ha recibido legalizaciones parciales, en esos casos se deja pendiente la legalización y procede con los requerimientos, en caso de no recibirse la legalización se deja constancia de la razón. El procedimiento para el otorgamiento de los gastos y la legalización, inicia con la solicitud de anticipos de gastos de viaje, ésta es aprobada por los jefes inmediatos, los formatos cuentan con una cláusula donde se aclara y precisa que los empleados tienen máximo 10 días después del retorno de su viaje para hacer la correspondiente legalización o dichos dineros serán descontado por el área de recursos humanos, el contrato de trabajo también cuenta con una cláusula que autoriza a la empresa para hacer descuentos a la terminación de los contratos ya sea por anticipos, equipos o demás. La empresa cumplió con su deber de liquidar los salarios, prestaciones sociales y vacaciones. Nómina es la encargada de hacer una pre-liquidación, al tiempo se desarrollan los procesos de paz y salvos con las diferentes áreas, todas se reportan a recursos humanos y se determina si existen descuentos pendientes, los cuales fueron reportados en este caso por contabilidad.

JONATÁN EVER MORENO (jefe de nómina), es el encargado de supervisar los procesos de nómina, seguridad social y desvinculaciones de todos los trabajadores, Karen Miranda es su analista a cargo, el actor al momento de la desvinculación tenía 3 legalizaciones pendiente por valor de \$3.000.000. Cuando se presentó la renuncia, se empezó el proceso de gestión de paz y salvos, durante el mes de septiembre se le contacta para legalizar los anticipos, luego se le contacta para informar que la liquidación quedó en cero dados los descuentos por valores pendiente y se cerró el proceso en el sistema. En cuanto a la liquidación suscrita por Karen Miranda (fl 32) y su contenido, dijo que no cuenta con la novedad del área de contabilidad, que informa de los anticipos pendientes a la fecha de desvinculación, los que ascendían a la suma de \$3.000.000. Desde el momento de la desvinculación la empresa hace un proceso interno paralelo, a la terminación del contrato se le envía al trabajador una liquidación preliminar para no perder tiempo y no retrasar el pago de las liquidaciones de los trabajadores, los procesos de paz y salvos dependen de cada área (contabilidad, finanzas, tecnología, activos, etc), ellos envían esa liquidación y en caso de no reportarse novedades por las diferentes áreas, se realiza en desembolso, cuando hay novedades se contacta al trabajador por los pendientes,

que en este caso fueron las legalizaciones de los anticipos, el demandante no se hizo presente en la compañía con posterioridad a la renuncia. La única área que les reportó novedad, fue contabilidad por concepto de anticipos por descontar al trabajador. Todos los descuentos realizados tanto en las nóminas canceladas al trabajador como en la liquidación, están debidamente autorizados por el demandante. A la liquidación del contrato se le aplico las deducciones pendientes, la liquidación arrojó un saldo a pagar negativo y por eso la misma se dejó en \$0.

De conformidad con lo anterior, lo primero que resalta La Sala es que ningún documento fue objetado, en especial lo relacionado con las autorizaciones de descuentos de salarios y prestaciones en lo que refiere a los préstamos y las solicitudes de anticipos para viajes, si bien la autorización derivada del contrato de trabajo (clausula 6) resulta genéricas, lo cierto es, que las otras documentales (fls 155, 158, 159, 162 y 163) si son autorizaciones expresas y están suscritas por el actor. De otra parte, el demandante no acreditó haber realizado la legalización de los anticipos correspondiente al mes de agosto, y tenía pendiente de pago las autorizaciones de los folios 162 y 163, dijo que el anticipo de éste mes no fue recibido en la empresa porque estaba incompleto, pero que estaba haciendo las gestiones para tramitarlo, no obstante en el proceso no demostró tal gestión, solo indicó haberle dejado unos documentos a David Moreno y que se quedó con los originales, al testigo Uribe le constan los hechos pero porque compartían apartamento y lo veía en la casa haciendo unos cuadros en Excel, pero no le consta que diligencias adelantó el actor en la empresa. Así al no existir prueba que acredite que estos dineros ya no se adeudan a la empresa, el descuento que se hizo efectivo por la demandada en la liquidación de las prestaciones sociales, corresponde a una actuación acertada y acorde con lo dispuesto en el art. 59 del CST, como quiera que se aportó el consentimiento del actor plasmando en las autorizaciones escritas.

En cuanto, a estas deducciones por parte del empleador, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 16794-2015, precisó:

"...la autorización es un requisito indispensable para la legitimidad del descuento, debe señalarse que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el empleador se encuentra facultado para compensar en la liquidación final de salarios y prestaciones, los préstamos otorgados al trabajador en vigencia del contrato de trabajo.

Ha dicho la Sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061). De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados.”

Así las cosas, al no discutir ni desconocer el demandante la existencia de los créditos que le atribuye el empleador, La Sala al efectuar la liquidación de las prestaciones, encuentra que la misma asciende a la suma de \$2.631.138,42, se adeuda por anticipos de viajes del mes de agosto a la empresa \$3.000.000, de la autorización del folio 162 no se puede establecer cuánto dinero debe el demandante, pues si bien es una autorización expresa donde se señala el descuento a 6 cuotas de \$950.000 del salario, ésta no cuenta con fecha a fin de determinar lo cancelado y lo debido, y del préstamo por \$539.400 (fl 163) de fecha 2 de junio de 2016, con la revisión de las nóminas aportadas se tiene que solo canceló las cuotas de junio y julio, por lo que quedó pendiente de pago la suma de \$359.600, para un total de \$3.359.600, valor que excede el monto de la liquidación de las prestaciones sociales y sigue quedando en cabeza del trabajador una suma adicional por restituir a la empresa, sin embargo la empresa decidió dejar estas sumas en cero y cerrar el proceso del demandante.

Así las cosas, La Sala considera que se debe confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte actora. Fíjense la suma de Trecientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

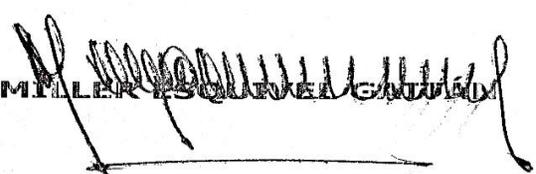
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de enero de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte actora. Fíjense la suma de Trecientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR VELASQUEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO ORDINARIO DE MARIBEL GUTIÉRREZ RUBIANO contra
INVERSIONES LUNA PARK LTDA. Rad. 2017 – 00431 01 Juz. 15.**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

MARIBEL GUTIÉRREZ RUBIANO demandó a INVERSIONES LUNA PARK LTDA. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 6 y 7.

- Declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de noviembre de 2000 y el 1 de junio de 2016.
- Indemnización por despido injusto.
- Prestaciones Sociales.
- Vacaciones.
- Indemnización moratoria.
- Aportes a pensión.
- Subsidio familiar.
- Indexación.
- Uso de las facultadas ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 6. Ingresó a laborar el 02 de noviembre de 2000 mediante contrato verbal, desempeñó el cargo de camarera, su

horario era por turnos y su salario siempre fue de \$645.000. El 1° de junio de 2016 se vio obligada a renunciar por el incumplimiento sistemático de las responsabilidades de su empleador. En el desarrollo del contrato tuvo dos embarazos y fue atendida con sisben. Su empleador aún adeuda la totalidad de las prestaciones sociales, las indemnizaciones y aportes a la caja de compensación familiar. La empresa fue citada a diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo sin que se llegara a un acuerdo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 47 a 52.

- Se opuso a las pretensiones.
- Dijo que ningún hecho era cierto, excepto la citación ante el Ministerio de Trabajo.
- Formuló como excepciones: inexistencia del vínculo laboral, prescripción, cobro de lo debido y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que, bajo el principio de la primacía de la realidad, declaró un contrato de trabajo entre Maribel Gutiérrez Rubiano y Luna Park Ltda. por el periodo comprendido entre el 1 de Enero al 31 de Diciembre de 2001 y otro contrato desde el 1 de Abril al 31 de Octubre del año 2002, condenó el cálculo actuarial por los aportes a pensión y absolvió de las demás pretensiones. Llego a tal determinación al encontrar acreditada la prestación personal del servicio por el término declarado, lo que dio paso a la presunción establecida en el art. 24 del CST. Los extremos los tomó de las certificaciones laborales expedidas. Declaró prescritas las prestaciones como quiera que no se demostró su interrupción entre la fecha de la terminación del contrato y la presentación de la demanda, donde trascurrió el término trienal previsto en el art. 151 del CPTSS y condenó al pago de aportes a pensión, dada su imprescriptibilidad.

Recurso de apelación.

La demandante Solicita que se tenga en cuenta el testimonio de CRISTINA PABÓN CIFUENTES a quien le consta que la actora laboró para la demandada entre el año 2008 a 2015 por turnos. Indicó que ante el Tribunal realizaría la sustentación.

La demandada difiere de la interpretación que hizo el juez de las certificaciones laborales que fueron emitidas de buena fe, y no deben entenderse como sinónimo de una relación laboral. Alega que existe mala fe de parte de la demandante, quien demanda después de 12 años de expedidas las certificaciones. Considera anormal que al haber estado embarazada nunca hubiera presentado alguna reclamación y con estas razones solicita se revoque la decisión de instancia.

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

Parte demandante: Reiteró que la demandante trabajó al servicio de la demandada, resaltó las pruebas como certificaciones y carnet, dijo que la demandada pretende evadir las obligaciones derivadas del contrato, que están acreditados los elementos del artículo 23 del CST, reprodujo lo dicho por los testigos y solicitó revocar la decisión para en su lugar declarar una sola relación laboral y acceder a las demás pretensiones de la demanda.

Parte demandada: No hizo uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

En este caso no existe controversia sobre la actividad desempeñada por la demandante y la cuantía que se le canceló por sus servicios. Así las cosas, La Sala procede a determinar si en el asunto existió un contrato de trabajo bajo el principio de primacía de la realidad sobre las formas y sus extremos.

Existencia de la Relación Laboral.

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante

remuneración". El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

En el proceso se recaudó el **interrogatorio de parte de la demandada**, quien conoce a la demandante hace 16 años, ella (demandante) hacía turnos esporádicos en el motel (por ahí de 2 a 4 turnos en el año y en otros años no aparecía) su oficio era tender las camas o hacer el aseo a las habitaciones, el administrador era quien la llamaba y le indicaba que hacer, se le pagaba en proporción al salario de la época, no negó la certificación laboral aportada ni su contenido e hizo énfasis en que allí se consignó que la demandante laboraba en turnos rotativos. No se le pagaron aportes a seguridad social ni prestaciones, con la demanda se enteró que la actora había renunciado y no tiene idea en qué términos. Con ella no se tenía ningún contrato. Pasaron varios años sin que Maribel volviera. La vio haciendo un turno en el año 2012 o 2013. Tampoco tiene idea de embarazos de la demandante.

La testigo **MARÍA CRISTINA PABÓN CIFUENTES** (amiga de la demandante y su única testigo) dijo que conoce a la actora desde el 2000 porque eran vecinas. En el año 2008 entró a trabajar a la empresa y ahí estaba trabajando la demandante. Su cargo (actora) era camarera y se encargaba de la atención al cliente. Lo único que sabe es que Maribel trabajaba para el año 2001. Con los otros años le consta la relación laboral porque la actora se lo contaba y la veía en uniforme. Le pagaban el turno entre \$40.000 y \$43.000 en efectivo y no la afiliaron a seguridad social. Esto

lo sabe porque Maribel y su esposo le contaban. La vio trabajar hasta el año 2015. Sabe que el primer embarazo de Maribel fue en el 2001. También le consta que entre el 2000 y el 2008 la demandante trabajo porque eran vecinas y la veía con uniforme.

BYRON RAMÍREZ ARISTIZABAL (testigo y dueño de la empresa) conoce a la demandante porque ella hizo turnos en la empresa en los años 2001 y 2002 y en esos términos se expedieron las certificaciones. Ella podía hacer un turno en una semana, al mes volvía por otro turno, en tres meses no volvía, se le llamaba cuando algún empleado se incapacitaba, iba de forma esporádica, la última vez que la vio fue en el año 2012, el pago era proporcional al salario mínimo, no se le canceló ninguna acreencia laboral porque su asistencia era ocasional, no se volvió a llamar porque no había la necesidad, sus funciones eran tender las camas, el jefe de Maribel era el administrador y ella no permanecía en la empresa.

CESAR DE JESÚS GIRALDO CASTAÑO (socio y propietario de la empresa) conoce a la demandante porque ella hacía turnos en la empresa en el año 2001 de vez en cuando. A veces pasaban 6 meses o un año sin volver, ella era camarera, las órdenes se las daba el administrador y no se le pago ninguna acreencia porque no era una trabajadora fija. La empresa cuenta con una planta de personal fija. Por eso, quien no estuviera en nómina no se le pagaba prestaciones.

También se cuenta con certificación laboral expedida por la demandada de fecha 7 de noviembre de 2002, en el que consta que MARIBEL GUTIÉRREZ RUBIANO prestó sus servicios como turnante rotativa fin de semana (jueves a domingo), en el cargo de camarera, entre enero a diciembre de 2001 y de abril a octubre de 2002 (fl 14), asimismo se aportó copia del carnet (fl 19) y copia de los desprendibles de nóminas a folios 54 a 159, de los que se resalta el pago a la demandante de las dos quincenas de marzo (folios 63 y 64). De conformidad con lo anterior, La Sala concluye que no se equivocó el juez al establecer la existencia de la relación de trabajo y los extremos con la certificación expedida por la convocada a juicio, de conformidad con el valor que la Corte Suprema de Justicia ha impartido para las certificaciones expedidas por el empleador, en Radicado No 69175 - SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

"Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos

«pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017).»

Para La Sala, el único esfuerzo que hizo la demandada fue indicar que el trabajo de la demandante era rotativo, con turnos ocasionales, pero en ningún momento desconoció la prestación de los servicios que realizaba la demandante como camarera al servicio de la empresa. Por eso se concluye que en el asunto si se acreditaron los elementos del contrato trabajo, pues la prestación personal del servicio fue un hecho aceptado por la convocada a juicio, la actividad de la actora era supervisada por el administrador quien era el que la llamaba a prestar los turnos y por esa labor recibía una remuneración.

De otra parte, la decisión de los extremos de la relación se encuentra acertada en la medida en que quien busca la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, los extremos temporales del vínculo contractual en los cuales afirma se desarrolló la labor y del análisis del acervo probatorio no se puede colegir un término más allá del certificado, como quiera que MARÍA CRISTINA PABÓN CIFUENTES, única testigo de la demandante, dijo saber que la actora laboró hasta el año 2015 porque son vecinas y la veía, pero al preguntarle por otro periodo de tiempo entre los años 2000 a 2008, dijo que nunca la vio allí físicamente y que lo que sabe es porque la actora y su esposo le contaban, medio probatorio que no brinda la suficiente certeza para llegar al convencimiento de que se laboró más allá de lo declarado por el juez.

Así las cosas, La Sala considera acertada la decisión del A quo al declarar el contrato de trabajo bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y la condena de los aportes a pensión, por lo que se confirma la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman, de conformidad con lo previsto en el art 365 del CGP, sin costas en esta instancia ante la improsperidad de los recursos.

DECISIÓN

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

RESUELVE

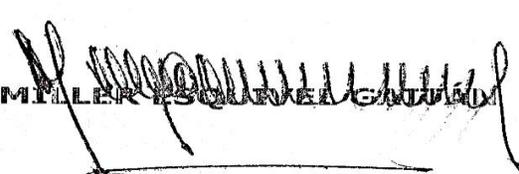
PRIMERO. –CONFIRMA la sentencia apelada proferida el 20 de noviembre de 2018 por el juez quince laboral del circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. –COSTAS: Las de primera instancia se confirman, de conformidad con lo previsto en el art 365 del CGP, sin costas en esta instancia ante la improsperidad de los recursos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ISMAEL GONZALEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE ALEXANDER NAVARRO HERNÁNDEZ contra PACIFIC SEA FOOD SAS. Rad. 2018 – 00203 01 Juz. 05.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

ALEXANDER NAVARRO HERNÁNDEZ demandó a PACIFIC SEA FOOD SAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folio 3.

- Declaratoria de un contrato de trabajo.
- Indexación.
- Indemnización por despido injusto.
- Indemnización moratoria.
- Uso de las facultadas ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 1 y 2. Ingresó a laborar el 20 de junio de 2003, con contrato a término fijo de 2 meses en el cargo de mensajero, el 20 de agosto de ese año firma contrato a término indefinido para desempeñarse como auxiliar de despachos, cargo que ocupó hasta agosto de 2010 cuando fue transferido al área de facturación, como facturador. El 17 de agosto, 13 y 21 de

septiembre de 2017 fue llamado a descargos, por errores cometidos en el área de alistamiento, con los clientes Wok, Arpol, Crepes, Pesquería Jaramillo y Gallo Azul, para esa época desempeñaba el cargo de Coordinador de Facturación y se había contratado a una persona para que se encargara del área de alistamiento, por esos descargos no se le notificó sanción alguna. Fue despedido el 25 de octubre de 2017 por justas causas. Entre la fecha del primer llamado a descargos y la decisión de terminar el contrato pasaron casi 2 meses, el despido adujo faltas graves que nunca se probaron.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 49 a 61.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó el vínculo laboral, los extremos, cargos, los 3 llamados a descargos y la forma de terminación del contrato.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que condenó a la demandada a pagar al actor la suma de \$13.686.228 a título de indemnización por despido injusto, valor que se debe indexar al momento del pago y absolvió de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al evidenciar que en el juicio la carta de despido no endilgó ningún hecho, solo se remitió a los descargos rendidos en 3 oportunidades, no obstante, y pese a tal antitécnica, en el proceso no se allegó manual de funciones o responsabilidades del coordinador de facturación, sin que sea dable suplirlas con testimonios, como quiera que ellas deben estar claramente delimitadas. Si bien se describió un organigrama y el orden jerárquico de los cargos para ubicar al demandante, no fue posible establecer si el actor fue jefe de logística y facturación, coordinador de facturación o coordinador de facturación y alistamiento, lo cual

resultaba importante, ya que al demandante en los descargos se le imputaron situaciones en temas de alistamiento y embalaje de productos, y el cargo denominado Jefe de logística y facturación no cuenta con ninguna función con temas de alistamiento de mercancía. La carta de despido habla de la omisión de procedimientos establecidos para el proceso de alistamiento, pero éstos no se probaron. Tampoco se probaron las pérdidas económicas para la empresa, ni que el demandante tuviera a cargo el personal de alistamiento, él no daba órdenes, ni ellos eran sus subalternos y si bien siempre se habló de faltantes en la mercancía o mal conteo de los productos, facturación no tenía a cargo destapar la mercancía ya empacada para verificar el contenido, máxime cuando se trataba de alimentos que requerían una cadena de frío. De otra parte, el juez adujo que entre la fecha del despido y los hechos por los que se llamó a descargos no hubo inmediatez, lo que condujo a que el paso del tiempo desdibujara la gravedad de las conductas, y si bien el actor salió a vacaciones, sin que sea prudente notificar un despido en ese periodo, el juez resaltó que antes de que el actor disfrutara de éste derecho, la empresa ya tenía identificadas las conductas, por lo que el paso del tiempo condonó las faltas.

Recurso de apelación.

El demandante Considera que los cálculos del juez al liquidar la indemnización no se ajustan a los parámetros del art. 64 del CST ni los extremos de la relación laboral.

La demandada difiere de la totalidad de la valoración probatoria del A quo, ya que cada llamado a descargos individualizó las fallas del trabajador en el proceso de facturación y alistamiento. Al plenario se aportó el manual de funciones el cual fue recibido por el demandante en el primer semestre de 2017 (antes de cometer las faltas) sin embargo, considera que para probar las funciones de un trabajador no existe tarifa legal, por eso se debe tener en cuenta que todos los declarantes coincidieron en que el actor participaba en el proceso de alistamiento e incluso adoptó medidas correctivas. Quedó claro que las funciones del Jefe de Alistamiento y Facturación eran las mismas que las del Coordinador de Facturación, el demandante tenía un equipo de trabajo que debía rendirle cuentas funcionales, el actor contaba con una responsabilidad como líder, que, si bien no implicaba funciones operativas, como contar el contenido de las cajas, él tenía el deber de vigilancia y supervisión. En los tres procedimientos hubo problemas con la

facturación y cita como ejemplo el cliente Gallo Azul. El demandante confeso como era el procedimiento de alistamiento y facturación, insiste en las pérdidas económicas y en cuanto a la inmediatez dijo que la empresa se tomó el tiempo necesario para la verificación de las conductas, sin que exista un término establecido para ello, no obstante resaltó que para el 25 de octubre de 2017, se efectuó una ampliación de descargos y en esa fecha se decidió terminar el contrato.

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

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa procesal.

Parte demandada: Resaltó que el contrato de trabajo terminó porque el demandante constituyó faltas graves a sus obligaciones en el desarrollo de sus labores en los procesos de facturación y alistamiento, tratándose de un conjunto heterogéneo de infracciones laborales, el juez se equivocó al valorar la terminación del contrato, pues se apoyó en tarifas legales inexistentes. Considera que con las diligencias de descargos se acreditan los hechos endilgados, no existe tarifa legal para demostrar las funciones o responsabilidades del trabajador, el actor en su interrogatorio entre imprecisiones admitió su responsabilidad, la composición corporativa se demostró a través de testimonios, el demandante cambió de denominación en el cargo pero no de las funciones donde contaba con un equipo de trabajo para desarrollar las actividades de alistamiento. De otra parte, indicó que se cumplió con el principio de inmediatez.

CONSIDERACIONES

No existe controversia en cuanto a la vinculación laboral, extremos, salario y pago de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales. Así las cosas, La Sala procede a determinar si la finalización del vínculo laboral obedeció a una decisión unilateral y sin justa causa por parte de la empresa y si la cuantía de la indemnización se liquidó conforme a derecho.

Terminación del contrato de trabajo

Por aceptado se tiene que el contrato de trabajo fue terminado en forma unilateral por parte del empleador, mediante carta notificada al actor el 25 de octubre de 2017 (fls. 30 y 31, 91 y 92), la cual se impuso como sanción al proceso de investigación adelantado con los descargos de fechas: 18 de agosto, 14 y 22 de septiembre y el 25 de octubre de ese año. Los hechos de la carta de terminación del contrato fueron faltar a las obligaciones del cargo de Coordinador de Facturación porque: I) no adelantó correctamente el proceso de alistamiento de los productos facturados, II) omitió los procedimientos para el proceso de alistamiento al no gestionar las revisiones aleatorias de los pedidos facturados que implican cuantiosas pérdidas para la compañía y III) emitir facturas de ventas después del mes de cierre.

Así pues, al terminar la demandada el contrato de trabajo invocando justa causa, a ella corresponde la carga de probar la justeza de los hechos alegados para fenecer el vínculo laboral, so pena de correr con las consecuencias jurídicas propias del despido sin justa causa. Al respecto se allego copia de los descargos de fechas 18 de agosto (fls 72 a 77), 14 y 22 de septiembre (fls 78 a 81 y 82 a 86) y 25 de octubre (fls 89 y 90) de 2017, rendidos por el actor como Coordinador de Facturación por las faltas al RIT y el contrato de trabajo, frente a su responsabilidad en los errores de alistamiento y la falta de envío de la factura No 275761 del cliente Gallo Azul.

Los primeros descargos estuvieron relacionados con los pedidos de los clientes:

- 1) WOK – factura 126769 80 kilos tubos de calamar faltante mal conteo.
- 2) ARPOL – factura 274594/275166, 2 unidades de masajo, mal empacado, llegó roto.
- 3) CREPES – factura 27568, 80 unidades de camarón por 90, faltante mal conteo y 60 unidades mix, faltante mal conteo.
- 4) ARPOL, el 12 de agosto de ese año, reportó 10 kilos de Kanikama adicionales que no se facturaron.

Allí el actor siempre insistió que sus responsabilidades eran de facturación y que se apoyaba en el registro que efectuaba el personal de alistamiento, personal que se le dejó a cargo porque se le dijo “encárguese de ellos”, (hace un mes desde la fecha de estos descargos) pero nunca se le dijo que era el Jefe de Alistamiento ni se le notificó un cambio de funciones. En los descargos del 14 de septiembre de 2017, se le endilgó

la responsabilidad del envío de 14.6 kilos de salmón de más y que no fueron facturados, a lo que manifestó que facturó lo que el personal de alistamiento reportó. En los descargos del 22 del mismo mes y año, se reclamó por la inconsistencia en la factura No 275761 del Cliente Gallo Azul, la cual no fue pagada y generó un cambio de factura, pero tampoco se despachó, a lo que indicó que la factura fue recogida para anularla y efectuar dos nuevas por petición del cliente, aclaró que el pedido no tenía la observación de generar facturas separadas. Finalmente en la ampliación de cargos del 25 de octubre de 2017, cuando se restablece proceso disciplinario porque el actor estaba en vacaciones, se le indaga sobre la obligación de hacer un conteo aleatorio de los productos despachados, a lo que contesta que no es su función, se le preguntó por el envío de facturas después del cierre de mes, y dijo que inició tal práctica porque en el aeropuerto se perdían y por ese optó por enviarlas por correo certificado, y de la única factura que tuvo conocimiento de problemas, fue la del cliente GALLO AZUL.

En cuanto a los demás documentales se allegó dos contratos de trabajo, uno a término fijo de dos meses (fls 13, 14 y 62) para desempeñarse como mensajero y el otro a término indefinido suscrito el 20 de agosto de 2003 (fls 10 a 12 y 63 a 65) cuando se empezó a desempeñar como auxiliar de despachos. También se aportó descripción de las funciones del cargo de Jefe de Logística y Facturación, documento que fue recibido por el demandante y dijo en su interrogatorio conocerlo porque se le puso de presente en el primer semestre del año 2017, cuando se hizo un cambio en la denominación del cargo, es de aclarar que no se encuentra en el proceso documento alguno que permita inferir en qué condiciones se dio el cambio del cargo, fecha o funciones, no obstante pese a tal aceptación, las funciones probadas no están relacionadas con algún proceso de alistamiento de los productos alimenticios que maneja la empresa.

Del **interrogatorio de parte de la demandada**, se tiene que la misma inició acción disciplinaria al actor por la mala facturación con los clientes WOK, ARPOL y CREPES, por mal conteo y mal embalaje de los productos e indebida facturación, se demoró 2 meses para decidir el despido porque en ese lapso el actor salió a vacaciones y él ya llevaba 14 años en la compañía, la indebida facturación le generaba pérdidas a la empresa, se empezó a llevar un registro de todas las novedades en facturación. Navarro tenía a cargo al personal encargado del conteo de los productos, la empresa cuenta con un sistema de alistamiento que debe coincidir con facturación, el demandante tenía el deber de verificar lo alistado y facturado. Sus productos se

despachan por porciones o peso, el actor no tenía que alistar ningún producto, pero sí tenía a cargo a quienes lo hacían. Sus funciones no eran solo facturar también de logística, entrega y verificación de los alimentos despachados. Los dos trabajadores a cargo son quienes entran a los cuartos fríos con una orden de pedido, alistan el producto, contabilizan las porciones y empacan, luego se factura y se verifica, el actor tenía estar en una superficie superior donde ve todo el proceso, no se vuelve a contar el contenido de las cajas por el volumen de los pedidos, sin embargo facturación exige la verificación de lo despachado, máxime cuando se empezó a presentar las novedades con los productos que se iban de más, productos faltantes o mal empacados. El deber de control del actor con el personal de alistamiento consistía en responder por el producto y el inventario. El producto más fácil de despachar es el salmón, sin embargo, con el cliente Pesquería Jaramillo, se hizo un despacho adicional de 14.6 kilos, lo que se generó porque facturación no revisó el peso. Las quejas de los clientes Wok, Crepes, Gallo Azul y Pesquería Jaramillo se presentaron por llamadas a los comerciales. La empresa cambio sus procesos operativos, al actor se le notificaron nuevas funciones (las mismas que ya desempeñaba), la verificación de las faltas se hace en cuestión de días, una semana si es en Bogotá máximo 20 días si es fuera de la ciudad. Entre el 18 de agosto y el 25 de octubre de 2017 fueron varias las faltas presentadas por el actor, su cargo era de Jefe de facturación y logística, en enero de 2017 se hace una reestructuración en la compañía, al actor se le deja el mismo rol bajo el cargo de Coordinador de Facturación, en la práctica las funciones del Coordinador de Facturación eran exactamente las mismas que tenía el Jefe de Logística y facturación, el mal conteo de los productos era una falta grave, por eso se le llamó a descargos y se tomó la decisión del despido. Había un jefe de planta que era el superior del actor.

Del **interrogatorio de parte del demandante** se resalta que fue notificado del manual de funciones que reposa a folio 66 del expediente en el primer semestre de 2017, en cuanto al procedimiento de facturación dijo que a él le presentan una relación de los pedidos, y lo que se alista, junto con el nombre del cliente y el número de cajas en los que se empaca el producto. Los productos no pasan a facturación porque ellos quedan en un cuarto frío, embalados en cajas, sellados y con el nombre del cliente. Él facturaba solo, nunca ha debido alistar los pedidos, no tenía personas a cargo. En el área de alistamiento había 6 personas que porcionan los alimentos, y 3 más que alistaban los pedidos, éstos eran quienes le pasaban la información para hacer las facturas, él contaba el número de cajas despachadas, pero no el contenido ni la

cantidad de las porciones. Dijo que los faltantes o sobrantes en los pedidos eran en pequeñas cantidades y obedecía a errores humanos, el conocimiento de los errores era de inmediato. En alistamiento las órdenes las daba el Jefe de Planta, un mes antes de terminar el contrato le dijeron que los empleados de alistamiento quedaban a su cargo, pero no se le dijo que debía ponerlos a hacer, él vigilaba que hicieran las cosas, pero no era el jefe. Su cargo era Jefe de Facturación y logística desde inicios del año 2017. Las medidas correctivas con los inconvenientes era hacer nuevas facturas, notas crédito, notas de devolución y en cuanto al producto que llegó roto a Barranquilla, dijo que ello fue culpa de la transportadora, sin embargo, se empezó a tener más cuidado en el empaque. En cuanto a la factura con el cliente Gallo Azul, indicó que esa empresa tiene dos sucursales, y el error consistió en despachar el pedido en una sola factura cuando éste debía ser por separado, novedad que no le fue informada y sin embargo se corrigió. Los errores que se le endilgan son responsabilidad del personal de alistamiento, a quienes también llamaron a rendir descargos, pero no se les terminó los contratos de trabajo.

La testigo **LIZ GUTIÉRREZ** (fue ejecutiva comercial para la demandada entre el 13 de enero de 2013 al 17 de diciembre de 2017) Manejó a los clientes Arpol y Pesquería Jaramillo, cuando se presentaban novedades con la mercancía se refacturaba o se hacían devoluciones, la comunicación con el actor era constante y se le notificaban las novedades. El problema con el cliente Gallo Azul fue que ellos tienen dos sucursales, en Manizales y en Ibagué, hasta una época los despachos se hacían en una misma factura luego el cliente informó que se despacharan los despachos por aparte, y así se le avisó al demandante. Ese cliente nunca estuvo en mora.

La testigo **MARÍA DEL PILAR SERAFINO GARZON** (Ingeniera de Alimentos y Directora de Operaciones en la demandada desde enero de 2017) El demandante era el encargado de facturación y alistamiento, ella llegó a organizar el área y creó el cargo de Jefe de Logística, esa persona llegó para los meses de abril o mayo y en esa época se hizo la reestructuración. En la planta de Siberia trabajaba el actor, dos personas en alistamiento, otras dos en producción, la coordinadora de despachos, el analista de inventarios, el jefe de logística y el jefe de planta. El personal de alistamiento estaba a cargo del jefe de logística y era él quien diseñaba las funciones, supervisaba el horario, concedía permisos y estaba a cargo de cualquier novedad que se presentara con ellos, pero lo que se debía alistar estaba a cargo del jefe de facturación y

alistamiento, porque es a través de él que llegan los pedidos del área comercial para organizarlos y despacharlos. En su momento recursos humanos le debió notificar al actor que iba a tener personas a cargo. El actor inicialmente se desempeñó como jefe de facturación y logística, el nombre del cargo se cambió a coordinador de facturación y alistamiento, pero sus funciones nunca cambiaron. Los procesos disciplinarios se iniciaron por las novedades en alistamiento y fue por eso que se creó el cargo de logística, el actor tenía el deber de verificar y validar que la información que reposa en las facturas coincidiera con la realidad de la mercancía despachada. El actor más allá de tener que responder por determinados empleados, debía responder por el proceso de alistamiento, entre lo alistado y facturado.

Finalmente, la testigo **PAULA ANDREA OSPINA** (coordinadora de recursos humanos desde junio de 2017), describió el organigrama de la empresa, tiene entendido que el cargo de facturación y alistamiento antes se llamaba jefe de logística y facturación, cuando se hizo una reorganización cambio el nombre del cargo, pero no sus funciones. Conoció al actor como coordinador de facturación, él tenía que supervisar el alistamiento porque su facturación debía coincidir con el despacho de los productos. El jefe de logística era el jefe de los operarios de alistamiento, pero insiste en que el actor debía supervisar la labor porque el actor les indicaba lo que debían despachar. Los pedidos llegan al área comercial, allí se redireccionan a logística y facturación, y posteriormente a alistamiento. Los procesos disciplinarios se iniciaron por los errores en alistamiento, exactamente por faltantes, mal conteo o productos enviados y no facturados, el actor tenía claro cuáles eran sus funciones y responsabilidades, alistamiento estaba a cargo de otros dos trabajadores, el actor tenía que validar que los pedidos se fueran bien tal como lo dijo en su diligencia de descargos y para ello tenía que inspeccionarlos, él tenía que hacer revisiones aleatorias dependiendo de la cantidad de los productos y algunos son verificables con su peso. El demandante no hacía procesos de alistamiento. No sabe si la factura de Gallo Azul fue pagada.

Verificado el acervo probatorio concluye La Sala que los hechos endilgados al actor en la carta de despido, esto es, no adelantar correctamente el proceso de alistamiento de los productos facturados, omitir los procedimientos para el proceso de alistamiento por no revisar aleatoriamente los pedidos y la emisión de facturas de venta después del mes de cierre, son circunstancias que no fueron probadas, se resalta que ni siquiera los deponentes traídos por la demandada tienen claro cuál

era el cargo del actor para la fecha de las presuntas omisiones, ni sus funciones. En las diligencias de descargos siempre se indicó que el demandante era el coordinador de facturación, se dijo que el cargo del actor tuvo un cambio de nombre, por lo que paso a ser jefe de logística y facturación con las funciones descritas en el folio 66 y que hubo cambio de cargo, pero no de actividades. La Directora de Operaciones de la demandada afirmó que cuando llegó a la compañía (enero de 2017) el actor desempeñaba el cargo de logística y facturación, luego fue coordinador de facturación y alistamiento y después jefe de facturación y logística, cambios que no están documentados pues ni siquiera se aportó un otrosí al contrato para verificar este dicho, sin embargo, todo esto demuestra un desbarajuste en área donde prestaba el demandante sus servicios, tanto en el cargo como en las funciones, desorden en la parte administrativa de la empresa que no puede ser trasladado al trabajador.

Las pruebas lo que permiten concluir es que al demandante se le inculcó de las fallas en alistamiento porque estaba con el personal encargado de organizar los productos en la misma planta, y porque él era el encargado de facturar los pedidos, (productos pesqueros) que por su naturaleza requieren un especial cuidado en su manipulación, empaque, embalaje y almacenamiento, el cual se hacía en un cuarto frio donde el demandante no entraba, circunstancia que ratifica la falta de responsabilidad del actor en las fallas presentadas en tal área, en especial porque allí fue donde se describió que se efectuaba la selección y empaque, sin que sea posible pretender que el actor luego de organizado un pedido procediera a su recuento, esta no era su función, él observaba desde una parte superior y lejos de donde se alistaban los productos, tampoco resulta sanitariamente correcto exigir que el demandante volviera a destapar las cajas donde se alistó el producto para cotejar que coincida con los encargos y revisar si se despacharon por ejemplo 80 unidades de camarón, esa labor corresponde al personal que alista los pedidos. Ahora se echa de menos, porque la empresa no repara en la responsabilidad directa del personal de alistamiento y de su jefe directo, ya que las funciones de éste personal tampoco dependían del demandante y del examen de las funciones del empleo descrito a folio 66, ninguno de sus 17 ítems expone tareas destinadas a procesos de alistamiento de los productos o si quiera funciones conexas, y en gracia de discusión tampoco se aportó una sola prueba con la que se pudiera verificar que el jefe inmediato del actor asignara funciones relacionadas con el tantas veces

nombrado proceso de alistamiento, proceso que tampoco quedo claro cómo se hacía.

En el expediente no hay manuales de procedimiento para poder cotejar las faltas alegadas, no se allegó un RIT, las copias de los contratos tampoco enlistan las faltas endilgadas y es por esto que no se puede confrontar esa violación grave de las obligaciones del trabajador y concluir que se acreditaron los motivos aludidos por el empleador para la terminación del contrato de trabajo por justa causa, no se acreditaron las quejas de los clientes, la devolución de facturas, la mala facturación y las pérdidas económicas que la conducta del demandante generó a la empresa, se habló de problemas con la facturación del cliente Gallo Azul, sin embargo una de las testigos dijo que este cliente nunca dejo de pagar un pedido, y no es que se exija una tarifa legal en este asunto, como lo pretende hacer ver el apoderado de la empresa, pues al tener ésta la carga de probar la ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa y al resultar obvio que la empresa está en mejor posición de traer al juicio las evidencias por su cercanía con los hechos y el material probatorio (Art. 167 del CGP), el cual no se supe solo con testigos, considera La Sala que el convencimiento del A quo se produjo conforme lo disponen los artículos 60 y 61 del CPTSS. Así las cosas, al no demostrar la demandada que el demandante era el responsable de la ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, La Sala confirma la imposición de esta condena, sin que sea necesario entrar a determinar si hubo inmediatez o no entre la comisión de la falta y el despido, ya que no se probó que las faltas reprochadas fueran responsabilidad del trabajador.

En lo que respecta a la cuantía de la indemnización por despido injusto (art. 64¹ CST), una vez efectuadas las operaciones en la instancia, se obtiene una suma inferior a la calculada por el juez (\$12.602.699), en consecuencia como la cuantía solamente fue atacada por la parte actora, La Sala a fin de no reformar la condena

¹ En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales: (...)

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

en perjuicio del demandante y como quiera que esta no fue atacada por la llamada a juicio, ha de confirmar la decisión apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia ante la improperidad de los recursos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

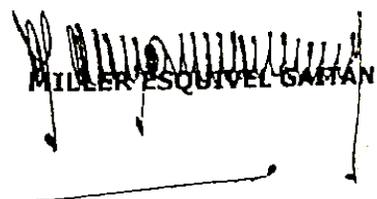
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de marzo de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia ante la improperidad de los recursos.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ JARAMILLO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP COLFONDOS SA. Rad. 2018 – 00112 01. Juz. 38.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ JARAMILLO demandó a COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP COLFONDOS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 3.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Nulidad del traslado entre las administradoras del mismo régimen.
- Traslado automático de la actora y sus aportes a Colpensiones.
- Intereses de mora.
- Costas del proceso.
- Condena ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 6. Se trasladó el 08 de octubre de 1998 al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE, sin que se brindara en ese momento información clara, completa y oportuna de las ventajas y desventajas de la decisión. El 20 de marzo de 2002, se trasladó a la AFP COLFONDOS hoy en día PORVENIR SA persistiendo la falencia en la información. Nació el 22 de octubre de

1958, a la vigencia del acto legislativo 01/05 contaba con 1009 semanas cotizadas. Su AFP le realizó una proyección de la mesada pensional para el año 2017, en cuantía de \$849.640, ella hizo la proyección de la mesada en el RPM y allí le correspondería una mesada de \$2.802.450. Al 30 de julio de 2017 completa 1607 semanas, agotó la reclamación administrativa el 05 de diciembre de 2017.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

LA AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible en fls. 79 a 86.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos solo aceptó la edad y fecha de nacimiento de la actora.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible a fls. 94 a 104.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos también acepta la edad y fecha de nacimiento de la demandante y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de: inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con la obligación pretendida y genérica.

LA AFP COLFONDOS S.A., contestó en los términos del escrito visible a fls. 147 a 174.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado de AFP, la fecha de nacimiento y edad de la actora, el número de semanas a la entrada en vigencia del acto legislativo 01/05 y la simulación pensional.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho pensional reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que genere nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandas. Llego a esa determinación luego de precisar que el traslado de régimen era válido, la ley 100/93 dispuso los efectos del traslado para los beneficiarios del régimen de transición, también se indicó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, ya que los efectos de la transición, las características de cada régimen y la prohibición de movilidad a determinada edad, son disposiciones legales. En cuanto las ventajas y desventajas de cada régimen dijo que tal valoración era subjetiva pues las condiciones de cada uno resulta interesante según las necesidades del afiliado. Del interrogatorio de la actora resaltó que el traslado se dio porque la empresa donde trabajaba estaba en crisis y el ISS se iba a acabar, situación de incertidumbre que salvaguardo con el traslado al RAIS. Dijo que la actora conocía las características del régimen, no se probó los vicios del consentimiento, con el paso del tiempo la demandante erró en no estar pendiente de la evolución de su situación pensional, para la época del traslado no era posible hacer una proyección de la mesada, no se probó que el asesor que hizo la afiliación al RAIS tuviera la intención de causar un perjuicio a la actora y ella no estaba incapacitada para el momento del cambio de régimen.

Recurso de Apelación

La parte actora apela la sentencia porque no se probó el consentimiento informado, resaltó que el engaño no solo se produce por lo informado, sino también por las omisiones o silencios que se generen al respecto. A la demandante no se le explicó los pormenores de cada régimen ni sus consecuencias. La AFP no cumplió su deber de asesoría y acompañamiento, no se hizo una explicación detallada de su situación pensional; no se hizo la proyección de la mesada pensional. A la demandante se le infundió pánico económico, al decirle que el ISS se va a acabar, se le prometió pensionarse más joven. La actora era beneficiaria del régimen de transición, para la entrada en vigencia de la ley 100/93 ya tenía los 35 años de edad y un número importante de semanas y frente a esta situación tampoco se le explicó nada.

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

Parte demandante: considera que tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado, como quiera que las AFP faltaron al deber de brindar información clara, oportuna y veraz sobre las implicaciones de la afiliación al RAIS y que debe estar en todas las etapas del proceso, indicó que el engaño también se constituye por las omisiones. Citó las sentencias con radicación No 54814 y 1688, de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral y la sentencia de tutela con radicación 106180 del 02 de septiembre de 2019, de la Sala de Casación Penal. Resaltó su buena fe y la carga de la prueba que corresponde a de los fondos de pensiones.

Parte demandada: COLPENSIONES solicitó confirmar la decisión de instancia porque la actora se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797/03. En el sistema la actora registra traslado a la AFP HORIZONTE el 01 de diciembre de 1998, lo que significa que, a la fecha, el traslado al RAIS es válido, el formato de traslado no cuenta con vicios, no debe desconocerse que el vínculo contractual desde la selección y afiliación, genera obligaciones recíprocas, (art. 4 del Decreto 2241 de 2010). HORIZONTE, cumplió con la obligación derivada del artículo 112 de la ley 100 de 1993, y la demandante cumplía los requisitos para ser afiliada al RAIS ya que no estaba inmersa en ninguno de los grupos excluidos previstos en el art. 61 de la ley 100/93. COLFONDOS alegó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, no cumple los requisitos de las sentencias SU - 062 DE 2010 y SU - 130 de 2013, está inmersa en la prohibición de los 10 años para trasladarse de régimen. Al momento del traslado se dieron los elementos esenciales del acto jurídico, considera que cualquier acción se encuentra prescrita, alegó la inexistencia del derecho reclamado, la inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, caducidad y buena fe.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto*

del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la solicitud que obra a folio 14 en la que se solicitó la nulidad del traslado de régimen de fecha 08 de octubre de 1998, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 08 de octubre de 1998 cuando solicitó su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl 12), y actualmente está vinculada con COLFONDOS, dado el traslado entre administradoras ocurrido el 20 de marzo de 2002 (fl 175).

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen se tiene que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al respecto, encuentra la Sala que si bien la actora el día 08 de octubre de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE (fl 12), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel

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

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

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

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la parte actora; para esta Sala, el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de

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

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

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

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

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

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

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

retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le correspondía a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR llamada al proceso dada la fusión con la AFP HORIZONTE, ya que se limitó a manifestar que el acto de traslado no contenía ningún vicio en el consentimiento, que en el momento de la afiliación la actora contó con la oportunidad de despejar las dudas e incluso de no suscribir el formato por lo que su decisión fue libre y espontánea, e incluso ratificó su permanencia en el RAIS con el traslado de AFP, sin embargo, en el proceso no

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

demonstró ni aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 15 años para alcanzar la edad de pensión, omisión que no se subsana por el hecho de la preparación académica de la actora o el cargo ocupado al momento del traslado, ya que el nivel de estudios de una persona no lo hace conocedora de las todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional.

Recuérdese que el análisis obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019), sin que nada tenga que ver si la demandante es o no

⁴ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido⁵ (SL 4426 de 2019), no obstante, al encontrar La Sala que para el momento del traslado de régimen (08 de octubre de 1998) la demandante contaba con 40 años de edad (cédula de ciudadanía fl 11) y 800.71 semanas cotizadas en el ISS (fl 18), tal situación destaca aún más la necesidad de que la AFP demostrara en juicio el ejercicio del deber de información y buen consejo, pues la decisión de abandonar el RPM implicaba la pérdida del beneficio de la transición, y en el proceso no obra un solo medio de convicción que acredite que la AFP cumplió con la responsabilidad a cargo.

Así las cosas, es evidente que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ JARAMILLO al régimen de ahorro individual efectuada el 08 de octubre de 1998 (fl 12) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Por lo tanto, COLFONDOS como actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, tiene el deber de devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ JARAMILLO, 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.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 20 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un

⁵ Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones.

derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de revocarse la sentencia apelada.

COSTAS

Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

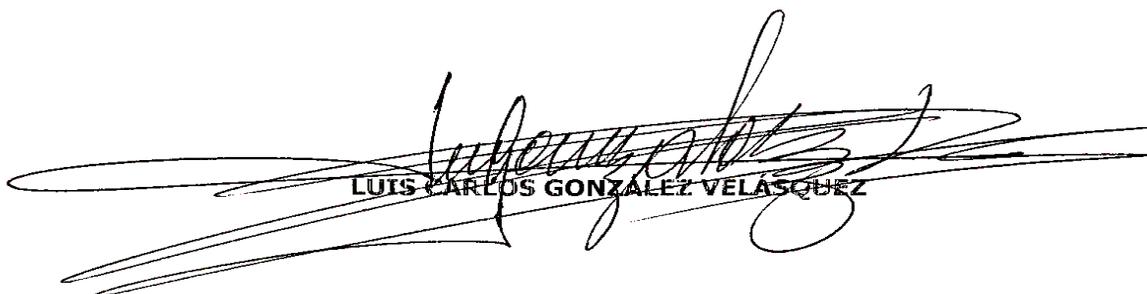
PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2019, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de MARÍA ESPERANZA SÁNCHEZ JARAMILLO al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 08 de octubre de 1998 con destino a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones,

bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS: Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR GONZALEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA MARGARITA ROMERO ARCHBOLD CONTRA AFP COLFONDOS, AFP PORVENIR y COLPENSIONES.

. Rad. 2018 00224 01 Juz 39.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA MARGARITA ROMERO ARCHBOLD demandó a la AFP COLFONDOS, AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 y 7.

- Nulidad de la afiliación al RAIS.
- Retorno al RPM.
- Traslado de los aportes a Colpensiones junto con el reembolso de los cobros y gastos de administración.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Es empleada en la Universidad Piloto de Colombia, efectuó aportes en el RPM hasta el 23 de julio de 1999, los asesores de Colfondos no tenían conocimiento en temas de seguridad social, por lo que la indebida asesoría generó un traslado equivocado de régimen. Actualmente se encuentra vinculada con la AFP PORVENIR, nunca se le hizo una comparación o proyección de la mesada en cada régimen pensional, el ISS tampoco desmintió los rumores de su liquidación, el formulario con COLFONDOS del que se pregona el traslado de régimen no fue firmado, su permanencia en el RAIS afecta su derecho a la libre escogencia, libre determinación y el poder adquisitivo de su pensión. EL

engaño en la gestión de COLFONDOS genera la sanción del art. 271 de la ley 100/93. Solicitó el retorno al RPM ante cada demandada en aplicación del principio de favorabilidad e indubio pro empleado y ellas guardaron silencio.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 63 a 67.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los aportes al ISS, traslado de régimen, la solicitud de retorno al RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y genérica.
-

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 84 a 93.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la solicitud de retorno al RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

La **AFP COLFONDOS** contestó en los términos del escrito visible a folios 130 a 150.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado entre administradora y la desvinculación del RAIS.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no presentar los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPM, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo de un tercero, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuada por la actora el 01 de agosto de 1999, declaró ineficaz el traslado de administradoras (COLFONDOS y HORIZONTE hoy PORVENIR), ordenó a COLFONDOS a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que recibió por comisiones de administración durante el tiempo con estuvo con ellos afiliada (01 de agosto de 1999 y el 30 de septiembre de 2004), condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones de administración y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo.

Recurso de apelación

La demandada AFP COLFONDOS objetó la decisión en cuanto a la condena de los gastos de administración, como quiera que la ley 100/93 faculta a los Fondos para hacer esos descuentos y están justificados en las gestiones de la AFP en la generación de rendimientos que se ocasionan dada la naturaleza del régimen, por lo que si la demandante hubiera estado en el RPM no se habrían causado. De otra parte resalta que cuando la actora se trasladó a PORVENIR se transfirió tanto el capital como los rendimientos conforme las tablas de la Superfinanciera.

La demandada AFP PORVENIR resaltó el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó conocer características del RAIS como lo es pensionarse a cualquier edad y con una mesada más alta en caso de cumplir los requisitos para ello. La AFP para la época del traslado cumplió con las normas vigentes, actuó de buena fe, y con apoyo en la información suministrada por la actora. Destacó que es el afiliado el que debe estar pendiente de su futuro pensional. Frente a la condena de los gastos de administración, reiteró que tal cuota está prevista en la ley, por lo que al generar rendimientos se justifica esa asignación. Ahora, preciso que si lo pretendido era volver las cosas a su estado anterior, entonces la demandante debía devolver los rendimientos de la cuenta de ahorro a fin de mantener el equilibrio financiero, y con esos argumentos solicita se revoque la totalidad de sentencia.

La demandada COLPENSIONES dijo que la demandante no puede alegar la falta del deber de información cuando ella se trasladó a dos AFP donde contó con asesoría personalizada, supo de las características del RAIS y recibió extractos. Dijo que en el proceso no se probó ningún vicio del consentimiento y los vicios de derecho no generan nulidades. La actora ejerció su derecho de elección previsto en el art. 13 de la ley 100/93, no cuenta con ningún derecho adquirido, indicó que la oportunidad de retornar al RPM se encuentra más que vencida por encontrarse inmersa en la prohibición de traslado de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad y por aplicación del art. 488 del CST. Solicitó la revisión de las condenas impuestas.

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

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa procesal.

Parte demandada: Solo alegó Colpensiones, indicó que no se cumplen los presupuestos para el traslado de régimen, la demandante no demostró que existieran vicios que originaran la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS la cual fue libre, espontánea y voluntaria. Cuando la actora solicitó el retorno ya estaba inmersa en la prohibición legal por la edad, una proyección al momento del traslado era imprecisa, solo contaba con una mera expectativa, no es beneficiaria del régimen de transición, alegó una ratificación tacita al mantenerse en el RAIS, la nulidad no se alegó en los términos del artículo 1750 del Código Civil y resulta desproporcionado invertir la carga de la prueba. Sin embargo en caso de confirmarse la decisión, solicitó actualizar la información en el SIAFP, la devolución de todos los aportes a Colpensiones y la información detallada de los aportes realizados.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la solicitud radicada el 05 de diciembre de 2017 (fl 28) en la que se solicitó su retorno al RPM, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 23 de junio de 1999 cuando solicitó su vinculación a la AFP COLFONDOS (FL 151) y que el 30 de agosto de 2004 se trasladó a la FP HORIZONTE (fl 95) la cual se fusionó con PORVENIR (el 01 de enero de 2014 – fl 96, según certificado de ASOFONDOS) por lo que es ésta su administradora actual.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de la decisión frente a su mesada pensional en éste régimen.

Como ya se indicó, la actora el 23 de junio de 1999 (fl 151) se trasladó de régimen mediante su vinculación con la AFP COLFONDOS, momento para el cual debió haber cumplido los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel

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

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

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

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

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la parte actora; sin embargo, para esta Sala el diligenciamiento de un formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante, ya que a lo que se debe dar preeminencia al momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

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

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

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

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

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

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

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

a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le correspondía a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada no solo el monto de la pensión en cada uno de los regímenes, sino la diferencia en el pago de los aportes, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP COLFONDOS, pues si bien indicó haber brindado información clara, cierta, completa y precisa frente a las características de cada régimen pensional, sus afirmaciones no fueron acreditadas en el proceso, no demostró con claridad la forma en que se llevó a cabo el suministro de la información para que la actora realizara el cambio de régimen, ni prueba que se brindó un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, no se hizo la proyección del monto de la pensión, ni demostró haber explicado cuanto necesitaba

³ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

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

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

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

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

tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, y así acreditar el cumplimiento del deber de información.

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó ni se saneo con el traslado entre administradoras, ni con el suministro de información general en cuanto a las características del RAIS y del RPM, o con el suministro de los extractos, pues se reitera, el análisis del caso, obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio*

⁴ “ Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.

Así las cosas, es evidente que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conduce a la confirmación de la sentencia apelada en cuanto a la declaratoria de nulidad de la afiliación de ROMERO ARCHBOLD al régimen de ahorro individual suscrita el 23 de junio de 1999 (fl 151).

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a las AFP COLFONDOS y PORVENIR de devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso donde se obliga a las administradoras del RAIS devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, ya que esos recursos desde el nacimiento del acto de ineficacia debieron ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (SL 4964-2018, SL 4989-2018, SL1421-2019 y SL 1688-2019 entre otras), máxime cuando se está obligando a ésta a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 20 años tomó esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca. (SL 1421-2019, SL 4360-2019 y SL 2611-2020, entre otras).

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las demandadas recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada demandada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las demandadas recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada demandada.

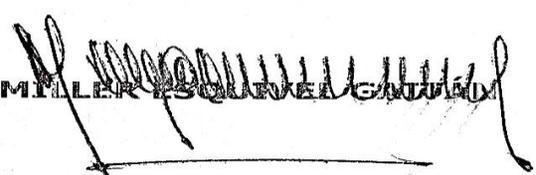
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR EL GUANO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA DEL PILAR SUAREZ FONSECA
CONTRA AFP PORVENIR Y COLPENSIONES. Rad. 2018 00230 01 Juz 11.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA DEL PILAR SUAREZ FONSECA demandó a la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

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

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 y 4. Nació el 10 de agosto de 1963, en el RAIS ha cotizado 1187 semanas y en el ISS 249.7 para un total 1446 semanas. La decisión del traslado de régimen adoptada el 31 de octubre de 1995 no fue informada, autónoma y consiente, no se especificó las condiciones de su futuro pensional en cada régimen. En diciembre de 1995 se trasladó a la Administradora PORVENIR pero tampoco se le explicó la forma de calcular la pensión. El 7 de marzo de 2018 solicitó a PORVENIR copia del formulario de afiliación, constancia de la información brindada y solicitó la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el día 14 del mismo mes y año, la entidad le entregó el resumen de su historia laboral, proyección de la mesada y liquidación del bono pensional. En la misma fecha también solicito la nulidad del traslado a COLPENSIONES la cual se negó. Su

expectativa pensional en el RAIS asciende a \$1.979.000 cuando su IBL es de \$7.804.431.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 54 a 69.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de nulidad del traslado, su negativa y el número de semanas cotizadas al ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en Instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La AFP PROVENIR contestó en los términos del escrito visible en fls. 81 a 86.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepta la fecha de nacimiento, los aportes, la solicitud de nulidad de traslado y la proyección de la mesada.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la Nulidad del traslado de régimen pensional que hizo la actora, ordeno a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que obran en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llego a esa determinación como quiera que no se acreditó en juicio que la AFP hubiera cumplido con el deber de información sobre las implicaciones del cambio de

régimen, ni se aportó el formulario que recogiera la voluntad de la demandante de trasladarse.

Recurso de apelación

La demandada COLPENSIONES, considera que se debe revocar la sentencia, en el proceso no se demostró la existencia de vicios en el consentimiento que afectarían el acto jurídico de traslado, dijo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y si bien no se aportó el formulario de traslado de régimen, el juez no tuvo en cuenta que la demandante en su interrogatorio, manifestó que el traslado fue libre y voluntario. De otra parte, los testimonios tampoco brindan certeza de los hechos que rodearon la decisión del cambio de régimen como quiera que no estuvieron presentes en las asesorías brindadas a la demandante.

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

Parte demandante: Dijo que la AFP demandada no presentó evidencia que permitiera demostrar si quiera la afiliación porque no se encontró el formulario, y de existir, tampoco se demostró el cumplimiento del deber de información (documentado). Citó las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se refieren al tema (Radicados Nos 31989, 31314, 33083, 35319, SL12136–2014, SL19447–2017, SL413–2018, SL4964–2018, SL4989–2018, SL1542–2019, SL1421–2019, SL1688–2019, SL1689–2019, SL3179–2019, SL3749–2019 y SL373–2020. Y alegó la inversión de la carga de la prueba.

Parte demandada: Colpensiones alegó, en síntesis, las características del sistema general de pensiones, resaltó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, ella no hizo uso del derecho de retracto, no contaba con una expectativa legítima, tampoco se acreditó los vicios del consentimiento. La nulidad que se alegó está fuera del término previsto en el artículo 1750 del Código Civil, y de haber existido, ésta se saneó con la ratificación expresa o tácita contenida en los artículos 1752 y 1754 de la misma normatividad. Adujo que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, trata del cambio de régimen, cuando ha sido grave para los beneficiarios de la transición, quienes estaban cerca de cumplir

el requisito faltante para obtener la pensión e indicó que la carga de la prueba no se puede trasladar a la demandada.

CONSIDERACIONES

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

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 01 de agosto de 1995, cuando se vinculó a la AFP HORIZONTE, Administradora que se fusionó con PORVENIR el 01 de enero de 2014, de conformidad con la consulta de ASOFONDOS que obra a folio 87, donde está actualmente afiliada.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias frente a su mesada pensional.

Como ya se indicó, la actora el 01 de agosto de 1995 (fl 87) se trasladó de régimen mediante su vinculación con la AFP HORIZONTE, afiliación respecto de la cual si bien no se allegó formulario alguno, la actora en su interrogatorio de parte no desconoció haber firmado los documentos que se le presentaron para formalizar la vinculación en el RAIS, época para la cual, si bien se exigía el cumplimiento de los requisitos

que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de un formulario no es suficiente para considerar que la demandante era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, ya que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante, y esto es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en la proferida el mismo día con radicación No.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le correspondía a la AFP a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión en cada uno de los regímenes, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, ya que se limitó a manifestar que su asesoría estuvo acorde con las disposiciones legales y vigentes para la época, no obstante, no demostró en el proceso ni aclaró en que consistió esa información y si le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 26 años para alcanzar la edad de pensión, y es que si bien el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, ésta no se limita a que la demandante admita que firmó un formulario voluntariamente, lo cual no fue del todo aceptado en el interrogatorio, pues la actora dijo que al vincularse laboralmente en la época de afiliación al RAIS, se le indicó que la AFP era filial del Banco donde iniciaba su contrato y por eso se le suministró la documental correspondiente, circunstancia que no se ajusta a los parámetros de libertad informada, pues esto lo que evidencia es que la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional omitió brindar información comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que acarrearía su decisión. (SL2611-2020), recuérdese que el análisis obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019, SL 1688-2019) ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna.

Así las cosas, al no haber cumplido la AFP con su carga probatoria, La Sala **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

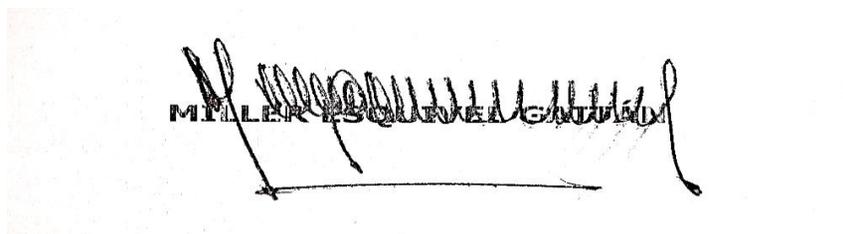
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA XIMENA BERNAZA ARAGÓN
contra AFP OLD MUTUAL, AFP COLFONDOS, AFP PORVENIR Y
COLPENSIONES. RAD. 2018 00259 01 Juz 12.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA XIMENA BERNAZA ARAGÓN demandó a la AFP OLD MUTUAL, AFP COLFONDOS, AFP PORVENIR Y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 3 a 5.

- Nulidad o ineficacia del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, junto con la nulidad de los traslados entre administradoras.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 9. Nació el 17 de junio de 1958, al 1 de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, inició sus aportes al ISS el 19 de febrero de 1991, el 2 de agosto de 2005 se trasladó al fondo de pensiones SKANDIA sin embargo, en ese momento ni en los cambios posteriores de administradora se le hizo un estudio sobre el régimen de transición y las consecuencias del traslado, en ese momento solo se le ofreció una mejor rentabilidad, la posibilidad de pensionar

anticipadamente y una mesada de \$3.000.000. En octubre de 2017 solicitó a cada una de las AFP donde estuvo vinculada y a Colpensiones la nulidad del traslado del RPM al RAIS.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 117 a 123.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento de la demandante, edad y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en términos del escrito visible en fls. 136 a 142.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto la fecha de nacimiento, el traslado a SKANDIA, el valor de la pensión ofrecido y la solicitud de nulidad.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

LA AFP OLD MUTUAL contestó en los términos del escrito visible a folios 229 a 246.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto el traslado a SKANDIA y la solicitud de nulidad del traslado.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago.

LA AFP COLFONDOS contestó en los términos del escrito visible a folios 284 a 306.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto acepta la fecha de nacimiento de la demandante, edad, la solicitud de nulidad de traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusiva de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a las demandas. Llegó a esa determinación luego de precisar que si bien se demandó como traslado al RAIS el traslado efectuado con la AFP SKANDIA en el año 2005, lo cierto fue que el traslado de régimen acaeció en el año 2002 con la administradora PORVENIR, no obstante el hecho de haber efectuado tres traslados entre administradoras del mismo régimen, convalidó cualquier posible situación ineficaz que se hubiese podido presentar en el acto de escogencia de régimen pensional.

Recurso de Apelación

La parte actora apela la sentencia, dijo que si bien pidió la nulidad del traslado del RPM al RAIS con fundamento en el formato suscrito con la AFP SKANDIA en el año 2005, si se revisa el formulario del año 2002 diligenciado con la demandada PORVENIR en conjunto con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 1689/2019) se logra inferir que allí se faltó al deber de información, la Litis se basó en la afiliación que se realizó a la demandante en el año 2002 y

quedó evidenciado con el interrogatorio de parte de la actora que ella nunca tuvo la oportunidad de escoger régimen.

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

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa procesal.

Parte demandada: Colpensiones indicó que una vez consultado el aplicativo de afiliaciones, vislumbra que la actora cuenta con un traslado de régimen efectuado del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS (PORVENIR) realizado el día 1º de marzo de 2002, el cual fue válido y legal. De otra parte, PORVENIR, dijo que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la ley, resaltó que las asesorías antes del año 2016 eran verbales, sin que por ello, pueda afirmarse que no fueran completas, transparentes, veraces y oportunas. En cuanto al monto de la mesada indicó que ella dependía del comportamiento real e histórico de variables como el rendimiento financiero de los fondos, por lo que el hecho de no cumplirse una expectativa no puede derivar en engaño. Al momento del traslado no había ventajas ni desventajas, alegó el principio de la sostenibilidad financiera, considera que no hay lugar a descontar gastos de administración y resaltó que la demandante cuenta con capacidad jurídica para suscribir actos de esta naturaleza por sí misma.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario que obra a fl. 56 a 63, en la que se solicitó el 9 de octubre de 2017 la nulidad del traslado de la afiliación

al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, que data del 10 de enero de 2002 (fl 143). Que el 02 de agosto de 2005 se trasladó a la administradora SKANDIA (fl 21 y 249), el 29 de octubre de 2009 se trasladó a CITI COLFONDOS (fls 309) y actualmente se encuentra vinculada con PORVENIR, AFP a la que retorno el 22 de febrero de 2012 (fls. 144).

Validez del traslado de régimen

Previo a abordar el análisis del caso, La Sala advierte que si bien se demandó la nulidad del traslado del RPM al RAIS, con apoyo en el formulario suscrito el 02 de agosto de 2005, el cual corresponde a un cambio de administradora dentro del mismo régimen (AFP SKANDIA . fls 21 y 249) tal imprecisión del litigante fue corregida por el A quo como director del proceso, aunado a que fue objeto de debate (interrogatorio de parte de la demandante) el momento en que ocurrió el traslado de régimen, por lo que al haber sido un hecho discutido y probado en instancia, procede La Sala a su estudio.

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Como ya se indicó, la actora el 10 de enero de 2002 (fl 143) se trasladó de régimen mediante su vinculación con la AFP PORVENIR, momento para el cual debió haber cumplido los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel

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

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la parte actora; sin embargo, para esta Sala el diligenciamiento de un formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, ya que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante, suerte que también corre el formato pre impreso denominado anexo 1 (fl 143 vuelto), en el que se indica que luego de haber recibido la asesoría amplia y suficiente conoce las decisiones legales de trasladarse de régimen y en el que afirma ser beneficiaria del régimen de transición y gozar de un trato especial.

Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de

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

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

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

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

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

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

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

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

2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le correspondía a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

³ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, ya que se limitó a manifestar que su asesoría estuvo acorde con las disposiciones legales y vigentes para la época, que conforme el aplicativo de la OBP la demandante no contaba con la edad ni las semanas para acceder a una pensión y que para ese momento la AFP no tenía la obligación de brindar información en los términos solicitados, no obstante, no demostró en el proceso ni aclaró en que consistió esa información y si le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 15 años para alcanzar la edad de pensión.

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó ni se saneo con los traslados entre administradoras del mismo régimen. Recuérdese que el análisis obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y

suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

⁴ *" Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019), sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

Así las cosas, es evidente que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de MARIA XIMENA BERNAZA ARAGÓN al régimen de ahorro individual efectuada el 10 de enero de 2002 a la AFP PORVENIR (fls.143) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Por lo tanto, y como quiera que actualmente la actora se encuentra vinculada con PORVENIR SA, dado su retorno el 22 de febrero de 2012 (fl 144) ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 17 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de revocarse la sentencia apelada.

COSTAS

Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2019, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de **MARIA XIMENA BERNAZA ARAGÓN** al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 10 de enero de 2002 con destino a la AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

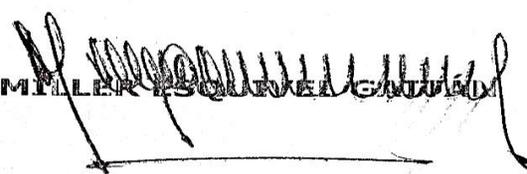
SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS** como actual administradora de la actora, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS: Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LUCIA SÁNCHEZ LÓPEZ
contra CEDOPA ASCIENDE SAS. Rad. 2018 – 00259 Juz. 15.**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

MARTHA LUCIA SÁNCHEZ LÓPEZ demandó a CEDOPA ASCIENDE SAS, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 3 a 5.

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Reintegro.
- Pago de salarios y prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Aportes al sistema de seguridad social.
- Indemnización por despido injusto.
- Indexación.
- Indemnización moratoria.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folio 5. Se vinculó laboralmente con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 15 de agosto hasta el 13 de diciembre de 2017, su último salario fue de \$1.500.00 y su

contrato se terminó sin justa causa por motivos económicos del empleador. Se le adeuda la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria en los términos del párrafo único del art. 65 del CST.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 48 a 54:

- Se opuso a las pretensiones excepto la declaratoria del vínculo laboral y su terminación.
- En cuanto a los hechos acepto el contrato, la modalidad, los extremos, el salario y la forma de terminación.
- Formuló como excepción de fondo buena fe, por haber enviado a la dirección de correspondencia de la actora, los documentos previstos en el párrafo del art. 65 del CST y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que absolvió a la demandada. Llegó a tal conclusión porque no encontró controversia respecto al vínculo laboral, los extremos, el salario y su terminación, la cual obedeció a una decisión unilateral del empleador. Negó el reintegro deprecado como quiera que este se apoyó en lo previsto en el párrafo primero del artículo 65 del CST, y precisó que el artículo 64 ibídem dispone la condición resolutoria en los contratos de trabajo, circunstancia que genera el pago de una indemnización, la cual fue acreditada en el expediente. Frente a los efectos del párrafo del artículo 65 del CST, dijo que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la finalidad de la norma no es un reintegro sino la garantía del pago de los aportes al sistema y la protección de su estabilidad financiera. La omisión de este precepto genera el pago de la indemnización moratoria pero no el reintegro. Por eso, como están demostrados los pagos demostrados en el expediente y no existen salarios y prestaciones pendientes de pago, absolvió de tal pretensión.

Recurso de apelación

Parte demandante: Considera que la decisión del juez se apoyó en conjeturas y no en las pruebas. La demandante dijo en su interrogatorio que no se le comunicó la consignación de la indemnización por despido. Respecto a las planillas de liquidación de aportes, el parágrafo único del artículo 65 del CST exige el pago de los tres meses anteriores a la terminación del contrato y aquí se faltó a tal disposición porque el mes de diciembre se pagó en enero del año siguiente. Por eso considera que la terminación del contrato no produce efectos y procede el reintegro o en su defecto la sanción moratoria desde que se terminó el contrato hasta la fecha de la comunicación del folio 36. De otra parte considera que en las planillas de autoliquidación no se determinó el pago de aportes a seguridad social y parafiscales, y que estos últimos no están.

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

Parte demandante: Considera procedente el pago de la indemnización moratoria por la falta de notificación del estado del pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad y la indemnización por despido. Resaltó el interrogatorio de parte de la actora, dijo que la consignación hecha por el empleador sin la autorización de la trabajadora no es válida, y si la misma se va a tener en cuenta para absolver de la indemnización, ella debería ser indexada.

Parte demandada: No hizo uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Previo a iniciar el análisis correspondiente, precisa La Sala que de conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Dicho esto, se procede a determinar si la demandante debe ser reintegrada o si tiene derecho a la indemnización de los artículos 64 y 65 del CST. No está en controversia la relación laboral entre las partes, los extremos del contrato, el salario, las

funciones y la forma en que terminó el vínculo contractual, el cual obedeció a una decisión unilateral del empleador tal como se observa a folio 15.

La solicitud de reintegro se edifica en lo previsto en el párrafo 1º del art. 65 del CST, el cual exige al empleador informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de los aportes a Seguridad Social y parafiscales de los últimos tres meses anteriores a la terminación, adjuntando los comprobantes que lo certifiquen. La norma también aclara que si el empleador no demuestra el pago de tales cotizaciones, la finalización del contrato no produce efecto. Frente a la interpretación de este canon, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha precisado en diferentes decisiones, como en el rad. 35303 del 14 jul. 2009 reiterada en la SL 589-2014¹, que la finalidad de este precepto no es otra cosa que garantizar el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social y parafiscales, al margen de las demás formalidades allí previstas, y también se ha precisado que tal inobservancia acarrea la indemnización moratoria a favor del trabajador, pero no su reintegro, tal como lo pretende la parte actora.

Así, al verificar en el expediente si la convocada a juicio cumplió sus deberes frente a la trabajadora y al sistema, se advierte (folios 37 a 43) el pago de las prestaciones a cargo por el término en que estuvo vigente la relación contractual y por eso no es dable aplicar los efectos que pretende la recurrente, pues de una

¹ *En efecto, el ejercicio hermenéutico de la preceptiva acusada, conduce a concluir que ante la claridad de lo previsto en la citada norma, lo que debe demostrar el empleador, para no quedar incurso en la sanción que allí se prevé, es el pago de las cotizaciones a la seguridad social y de los aportes parafiscales [...] y no el simple hecho de haber practicado al trabajador los descuentos de su salario con dicha finalidad, o la afiliación de aquel al Sistema de Seguridad Social, pues esas circunstancias que dio por demostradas el ad quem, no son suficientes por sí solas para dar por cumplida la citada exigencia, y por ende, exonerar al empleador de la obligación que le impone la norma.*

*Frente al punto, esta Sala, entre otras en decisión **CSJ SL, 17 abr. 2012, rad. 38761**, ha considerado que lo que sanciona la disposición que se estudia es la falta de pago de las cotizaciones o aportes al sistema y es por ello que se impone su constatación. Así se ha considerado:*

Sobre el alcance del precepto en comento, sostuvo esta Corporación en sentencia de 30 de enero de 2007, rad. N° 29443, ratificada en la de 14 de julio de 2009, rad. N° 35303, lo siguiente:

*Sea lo primero indicar que la condición de eficacia para la terminación de los contratos de trabajo prevista en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 del 2002, es **un mecanismo de garantía de cobertura real y concreta para el trabajador en materia de seguridad social y contribuciones parafiscales**; ciertamente si le exige al empleador que, para que el despido que se propone realizar sea apto para terminar el contrato de trabajo, cumpla con sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradores de recursos parafiscales, se evita que las prestaciones o servicios que estas instituciones ofrecen se nieguen por falta de pago completo de las respectivas cotizaciones o aportes.*

parte ya se aclaró que el reintegro no es el efecto que persigue la norma y en el proceso no se evidencia una falta de pago frente a estos aportes. Al contrario, la demandada demostró haber cumplido con ellos, lo que la exime de una posible indemnización moratoria. Y como se aportó la liquidación del contrato (folio 16), es evidente que en el caso tampoco hay lugar a imponer tal condena con concepto de salarios y prestaciones sociales.

Ahora, se alega que la indemnización por despido injusto es procedente en la medida que a la terminación del contrato, ésta se dejó de cancelar. No obstante, independientemente de que el empleador le hubiere comunicado o no a la demandante dos meses después de la terminación del vínculo contractual de la existencia de este pago, lo cierto es que para el 19 de febrero de 2018 se realizó una consignación por la suma de \$1.500.000 a la cuenta de ahorros de la trabajadora, cuenta donde también se pagaban los salarios por parte de la demandada. También se observa que la demandante advirtió la existencia de tal dinero, el cual procedió a utilizar tal como lo manifestó en su interrogatorio de parte. En este orden, La Sala no evidencia que la empresa demandada esta llamada a responder por el reintegro, la indemnización moratoria, ni mucho menos por la indemnización por despido injusto, máxime cuando el pago de ésta compensación se efectuó en febrero de 2018 y la demanda se radico dos meses después de tal consignación, por lo que se **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

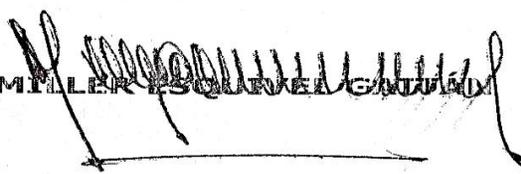
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de marzo de 2019, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILLIAM ARMANDO NIÑO BRITO
CONTRA COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN. Rad. 2018
00576 01 Juz 30.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

WILLIAM ARMANDO NIÑO BRITO demandó a COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 51 Y 52.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida a de ahorro individual con solidaridad.
- Nulidad de los traslados entre las administradoras del RAIS.
- Activar la afiliación del actor en COLPENSIONES.
- Traslado de aportes a COLPENSIONES.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 52 a 54. Nació el 05 de julio de 1956, en COLPENSIONES cotizó 572.57 semanas, en septiembre de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN momento en el que se dejó de informar las implicaciones del traslado de régimen pensional o sus desventajas. La AFP PROTECCIÓN conocía su número de semanas cotizadas, ingresos y edad. El 01 de octubre se trasladó a la AFP PORVENIR la cual también guardó los mismos silencios. Ante la falta de información, contrató una asesoría particular donde descubrió el engaño por parte de las administradoras y su conocimiento errado sobre su realidad

pensional. El 23 de mayo de 2017 solicitó a PROTECCIÓN y PORVENIR la anulación de su afiliación y a COLPENSIONES la activación de la afiliación en el RPM, a la cual no se accedió y en la actualidad cuenta con 1.747 semanas.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 84 a 94.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la reclamación administrativa y la negativa de acceder al traslado de régimen.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 129 a 138.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la fecha de nacimiento del actor, conocer su salario y empleador, y la solicitud de anulación de la afiliación con esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 170 a 193.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, el traslado de régimen, conocer su salario, semanas, edad, la solicitud de anulación de la afiliación y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a PORVENIR, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el actor el 14 de septiembre de 1994, lo declaró válidamente vinculado al RPM administrado por COLPENSIONES, condenó a PROTECCIÓN a devolver las sumas indexadas cobradas por administración por el término de la vinculación (01 de octubre de 1994 y el 30 de noviembre de 1997), condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, con los rendimientos y gastos de administración desde el 1 de diciembre de 1997 y condenó en costas a las demandadas excepto COLPENSIONES. Llegó a esa determinación al advertir que la AFP PROTECCIÓN no cumplió con la carga de la prueba, ni demostró haber ejercido su deber de información, cuidado y prudencia frente a los negocios de su afiliado, pues del interrogatorio de parte del demandante concluyó que él siempre tuvo la convicción de que su mesada al momento del retiro oscilaría entre el 90% y el 100% de sus ingresos, circunstancia que no corresponde a la realidad, porque en el RAIS el monto de la prestación depende de muchas condiciones que no le fueron puestas en conocimiento al actor y con ello evidenció la falta al deber del buen consejo.

Recurso de apelación

La demandada AFP PORVENIR Dijo que el demandante conocía de las condiciones del RAIS y las características del RPM, y aun así optó por permanecer en el RAIS porque fue su mejor opción. Considera que conceder el traslado contribuye a la desfinanciación del RPM porque su finalidad no es otra que el reconocimiento de una pensión donde el actor nunca ha cotizado y la falta de documentación de la Administradora no puede tenerse como un indicio en contra para presumir la falta al deber de información, máxime cuando el mismo surgió con la ley 1748/14 y ésta no tiene efectos retroactivos, por eso no es dable endilgar obligaciones que no existían al momento del traslado. De otra parte considera que se debe revocar la condena en costas por ser excesivas e injustas en especial porque PORVENIR siempre actuó de buena fe.

La demandada COLPENSIONES dijo acogerse al grado jurisdiccional de consulta.

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

Parte demandante: Reiteró los hechos de la demanda, citó diferentes normas y jurisprudencia aplicable al caso, dijo que existe una orfandad probatoria y que el formulario de afiliación no es válido para concluir la existencia de una manifestación libre y voluntaria de la decisión y el conocimiento de la incidencia sobre los derechos prestacionales, alegó la falta al deber de información y los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Considera que, si era procedente hacer el cálculo de la prestación y que las falencias en la información suministrada incidieron en la censura.

Parte demandada: Colpensiones indicó que el acto de traslado fue libre y voluntario, no se probó la existencia de vicios, la actora ejerció su derecho de escogencia de régimen, apeló a la regla general de la carga de la prueba, la sostenibilidad financiera y la prohibición legal de la actora, ya que no cuenta con régimen de transición. La AFP PROTECCIÓN, alegó que sus actuaciones están antecedidas de buena fe y legalidad, la actora no hizo uso de la facultad de traslado en tiempo. En cuanto a la devolución de la comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional, indicó que son rubros autorizados por la ley y su devolución constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. No se puede desconocer que el bien administrado generó frutos y mejoras producto de la buena gestión de la AFP y esto le da derecho a conservar la comisión de administración.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la condena en costas, sin que sea viable conocer el grado jurisdiccional de consulta frente a las demás condenas ya que la declaratoria de nulidad solo compete a la AFP PROTECCIÓN al

no cumplir su carga probatoria (quien guardo silencio) y a la AFP PORVENIR por ser la actual administradora de la cuenta ahorro de la demandante.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario que reposa a folio 18 de fecha 23 de mayo de 2017, en la que solicitó la nulidad de traslado de régimen. Con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 14 de septiembre de 1994, cuando solicitó su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, según formulario que reposa a folio 205, y que se trasladó de AFP a PORVENIR el 01 de octubre de 1997, donde se encuentra actualmente vinculada (fl 140).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 14 de septiembre de 1994, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl 205), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de

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

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

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

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

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

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

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

pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba (SL 261-2020) de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La AFP PROTECCIÓN indicó que el traslado fue libre y voluntario, que informó de las características de cada régimen, la naturaleza de los fondos, la construcción de las pensiones tanto en el RAIS como en el RPM, sin que para la fecha del traslado estuviera obligado a soportar documentalmente la asesoría y efectuar proyecciones financieras y si bien la AFP recurrente (PORVENIR) dijo que el demandante en su interrogatorio aceptó conocer características de cada régimen pensional, pese a la descripción que hizo el actor, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que conocer algunas diferencias entre el RAIS y el RPM, o trasladarse entre administradoras del mismo régimen, no convalidan la falta de información veraz y suficiente al momento del cambio de régimen.

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

La apelante (AFP PORVENIR) dice que el deber de información nació con el Decreto 1748 de 2014 por lo que no se le pueden exigir condiciones que no estaban vigentes para la época (1994), sin embargo, esto no es excusa para que las Administradoras se sustraigan del suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además la proyección del monto de su pensión, la cual si era posible de efectuar actuando el mismo IBC, e informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 24 años para alcanzar la edad de pensión.

Así las cosas, como no se demostró que al actor le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, la decisión del A quo se encuentra ajustada a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia en estos casos, y a efectos de mantener el equilibrio financiero, se ha establecido que en virtud de esa nulidad la Administradora del fondo de pensiones debe devolver al RPM administrado por COLPENSIONES todas las sumas de dinero que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva.

En cuanto a la petición de PORVENIR de no condenarla en costas, ésta se despachará desfavorablemente, ya que su condena procede de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del CGP.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **confirmación** de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP PORVENIR. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

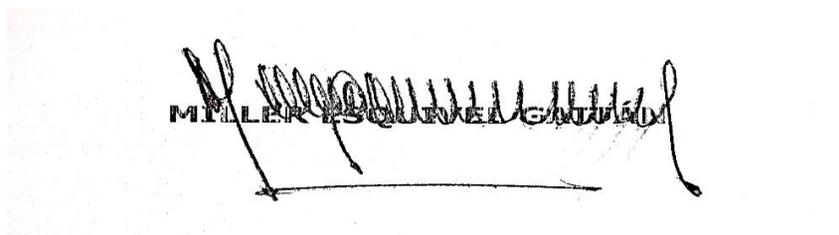
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP PORVENIR. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR VELASQUEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE JEREMY STEVEN BARRERA SERRATO, WILSON RODRÍGUEZ CHACÓN Y VALERIE RODRÍGUEZ SERRATO contra ZULUAGA Y SOTO SAS. Rad. 2016 – 00411 01 Juz. 09.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

PROVIDENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuestos por la parte demandante contra la providencia dictada en la audiencia celebrada el 03 de diciembre de 2019 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá (fls. 234), en virtud de la cual declaró no probada la excepción previa de falta de falta de integración del contradictorio por pasiva.

ANTECEDENTES

1. JEREMY STEVEN BARRERA SERRATO, WILSON RODRÍGUEZ CHACÓN Y VALERIE RODRÍGUEZ SERRATO demandaron a ZULUAGA Y SOTO SAS para que se declarara que entre la empresa y ANDREA MARCELA SERRATO existió de un contrato de trabajo entre el 4 de mayo de 2009 y el 28 de julio de 2010, fecha en la que falleció la trabajadora en un accidente por culpa de su empleador. En consecuencia, solicita que la demandada junto con sus socios responda solidariamente por los perjuicios causados. (fl 24 y 25).
2. ZULUAGA Y SOTO SAS al contestar la demanda propuso como excepción previa la denominada Falta de Integración del Contradictorio por Activa y por Pasiva, y para tales efectos citó el art. 61 del CGP y el numeral 9 del art. 100 *ibidem*. Las fundamentó en la falta de comparecencia del cónyuge y de la hija de la causante, y la falta de citación de los socios, pues de conformidad con las pretensiones 4 y 5 de la demanda contra ellos se persigue una condena. (fl 151)
3. En auto que hoy es materia de impugnación el juez frente a la legitimación por activa dijo que con la adhesión de la demanda de WILSON RODRÍGUEZ CHACÓN (cónyuge) y VALERIE RODRÍGUEZ SERRATO (hija) se había subsanado esa falta de vinculación por lo que declaró no probada la excepción. En cuanto a los socios,

la juez no encontró oposición frente a la relación laboral entre la compañía y la trabajadora fallecida y al no tener la parte activa la intención de demandar a los socios, decidió posponer la excepción para resolverla de mérito.

RECURSO DE ALZADA

La parte demandante alega que podría configurar una nulidad si los socios de la demandada no tienen la oportunidad de ejercer su defensa, y que si bien no se demandó a los socios, ellos si fueron relacionados en las pretensiones de la demanda. Por eso deben ser llamados en este momento, conforme la lectura integral de la demanda. Para resolver las situaciones planteadas en el recurso de apelación, la Sala procede a realizar las siguientes:

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020). Ninguna de las partes hizo uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Conforme a lo anterior, considera La Sala que las excepciones previas contempladas en el art. 100 del CGP son taxativas y si bien la demandada afirmó proponer como previa la falta de integración del contradictorio, lo cierto es que la fundamento y apoyó en los artículos 61 del CGP y 100 numeral 9 *ibidem*, a la cual se le impartió tal trámite por todos los intervinientes en el proceso y en ese sentido todos la asumieron como no comprender la demanda a todos los Litis consortes necesarios, por eso cualquier irregularidad sobre el asunto quedó saneada ante el silencio de las partes.

Ahora, es de tener claro que la única excepción propuesta como previa y que se puede prorrogar para el momento en que se dicte sentencia de conformidad con el art. 32 del CPLSS es la excepción de prescripción, cuando se haya propuesto como tal y exista discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión, de su interrupción o de suspensión. En ese orden, la juez no podía abstenerse de decidir la excepción previa de no comprender la demandada todos los Litis consortes necesarios en relación con los socios de la empresa demandada, y posponer su pronunciamiento para el momento de dictar sentencia. Por eso, como no existe una decisión de fondo sobre el asunto y ante la falta de configuración del numeral 2 del art. 65 del CPLSS, ya que solo es apelable el auto que rechaza la intervención de terceros, La Sala resolverá dejar sin valor ni efecto el auto que admitió la apelación y dispone devolver el expediente a la juez de instancia para que defina en esta etapa procesal la excepción previa que dejó de analizar, no sin antes recordarle que no se debe confundir las figuras de Litis consorcio necesario con el facultativo o con el cuasinecesario como inexplicablemente lo hizo en auto del 30 de abril de 2018 (fl 211).

Sin costas en esta instancia.

DECISION

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

RESUELVE

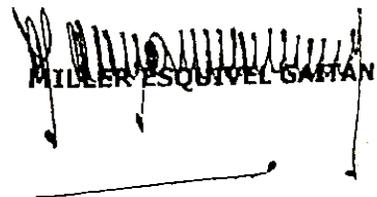
PRIMERO: ORDENAR al juez de instancia que resuelva del fondo la excepción previa de falta de integración del Litis Consorcio Necesario en esta etapa procesal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO EJECUTIVO LABORAL DE LUCILA TOLOZA DE RODRÍGUEZ
CONTRA COLPENSIONES. Rad. 2019 – 00394 01 Juz. 31.**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

PROVIDENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la providencia dictada el 18 de diciembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito, en virtud de la cual declaró probada la excepción de pago frente a la pensión de vejez y prescripción sobre las costas y agencias en derecho (fl 129).

HECHOS

1. LUCILA TOLOZA DE RODRÍGUEZ demanda la ejecución de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito del 20 de octubre de 2011 (fl 55) donde se condenó al extinto ISS a reconocer y pagar a la actora una pensión de vejez a partir del 16 de mayo de 2008 en cuantía de un salario mínimo, junto con los intereses moratorios causados sobre cada mesada adeudada y las costas, decisión que fue confirmada por éste Tribunal el 17 de noviembre de ese año (fls 63 y 64).
2. El 21 de mayo de 2019 (fl 79) se solicitó la ejecución de las costas del proceso ordinario y las que se causaran en el proceso ejecutivo, por lo que el 19 de junio de ese año el A quo libró mandamiento de pago conforme a la totalidad de las condenas. Colpensiones (fls 85 a 88) propuso la excepción de pago, compensación, prescripción, inembargabilidad y falta de exigibilidad del título ejecutivo. En audiencia del 18 de diciembre de 2019 la juez encontró probadas las excepciones de pago frente a la pensión de vejez con sus intereses

moratorios, y declaró la prescripción frente al cobro de las costas que fueron aprobadas en auto del 19 de abril de 2012, como quiera que su ejecución se solicitó hasta el 21 de mayo de 2019.

RECURSO DE ALZADA

La parte ejecutante considera que de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil cuenta con un término ordinario de 5 años para ejecutar las sentencias y otro extraordinario de 10 años y es ésta la prescripción a aplicar. Considera inaudito que Colpensiones se preste para un enriquecimiento sin causa. Ésta es una práctica desarrollada en varios estrados judiciales.

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

Parte demandante: Solicita el pago de las costas procesales, por cuanto no ha operado el fenómeno de la prescripción, ya que esta excepción cuenta con el término de cinco y diez años de conformidad con las reglas del Código Civil.

Parte demandada: Citó a su favor, las siguientes normas: art. 155 de la ley 1151/07, el art. 307 del C.G.P., art. 192 del CPACA y art. 98 de la ley 2008 de 2019 que tratan del término máximo para ejecutar a la entidad.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada, procede La Sala a determinar si la excepción de prescripción sobre la ejecución de las costas está llamada a prosperar y para ello se debe acudir al artículo 442 del Código General del Proceso, aplicable por expresa analogía al procedimiento laboral:

"442. Excepciones.

La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas:

(...)

2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.

Al punto, es procedente alegar la excepción de prescripción porque la acción está encaminada a obtener el pago de las costas de primera instancia plasmadas en el auto que impartió su aprobación en el proceso ordinario laboral de la referencia (2011 00525). Sin embargo, a través de la excepción planteada Colpensiones pretende la extinción de la obligación, porque transcurrió el término trienal. Las fechas y acontecimientos relevantes del asunto nos permitirán determinar si hay prescripción de la acción impetrada:

- Auto aprueba liquidación de costas y ordena archivo: 19 de abril de 2012 (fl 71)
- Solicitud mandamiento de pago: 21 de mayo de 2019 (fls. 79).
- Auto que libra mandamiento de pago: 19 de junio de 2019 (fl. 82).
- Notificación personal: 09 de julio de 2019 (fl. 84).

Conforme a lo anterior es claro que el auto que aprueba la liquidación de costas (19/04/2012 notificado por estado del 20 de ese mes y año) quedo ejecutoriado el 26 de abril de 2012. Por ello la solicitud de mandamiento de pago se debió presentar antes del 26 de abril de 2015, so pena de que operara el fenómeno prescriptivo. Pero como se presentó solo hasta el 21 de mayo de 2019 (fl. 79), habiendo transcurrido un plazo mayor a tres años desde su causación y/o exigibilidad, resulta acertada la decisión de la juez A quo de declarar probada la excepción y se confirmara la providencia apelada. Ahora bien, frente al planteamiento de la parte ejecutante de que en el ejecutivo laboral se debe aplicar el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, ha de decir La Sala que el razonamiento correcto es el contrario, esto es que; como no hay norma que establezca una prescripción especial para el proceso ejecutivo laboral, se debe acatar la norma general establecida en los artículos 151 del C.P.T.S.S. y 488 del C.S.T, salvo algunos trámites que excepcionalmente tienen términos de prescripción especial como el de fuero sindical, sin que sea procedente ni útil acudir a otros ordenamientos, lo cual ya ha sido materia de estudio por la la H. Corte Constitucional en sentencia C-072 del 23 de febrero de 1994 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa¹.

¹ “3. **Conveniencia de las prescripciones de corto plazo:**

Es cierto que existen, en otros campos del derecho, prescripciones de largo plazo. El Código Civil, verbi gratia, establece diez años para la acción ejecutiva y veinte años para la acción ordinaria (Cfr. C.C. art. 2536). Estos plazos, a juicio de los tratadistas son desproporcionados por extenderse más allá de lo razonable; se justificaban en el pasado, pero hoy en día, con la mayor comunicación y oportunidad de asesoría profesional, hace que la prescripción de largo plazo sea inadecuada, sobre todo en materia laboral, que exige siempre la prontitud por recaer sobre asuntos cuya solución requiere de inmediatez.

Es, por tanto, ir contra la tendencia universal el tratar de homologar en su extensión la prescripción de la acción laboral a lo regulado en el Código Civil, no sólo porque se trata de materias diversas -y a los contenidos jurídicos distintos, les corresponden formas jurídicas diferenciadas- sino porque las nuevas leyes tienden a establecer prescripciones de corto plazo; por ejemplo, el contrato de Transporte (Código de Comercio, art. 993) que es de dos años; el contrato de Seguros -cinco años máximo-, las de orden laboral, de 3 años, etc.

Pero más aún, el mismo Código Civil Colombiano, en el Libro IV, Capítulo IV (Arts. 2542-2545) contempla este tipo de prescripciones, con fundamento en la prontitud exigida por la dinámica de la realidad, en ocasiones especiales. Y es acertado el racionamiento del legislador en estos supuestos, ya que, por unanimidad doctrinal -y también por elementales principios de conveniencia- lo justo jamás puede ser inoportuno,

Son suficientes las anteriores razones para confirmar la providencia impugnada.

DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá del 18 de diciembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. - Sin costas.

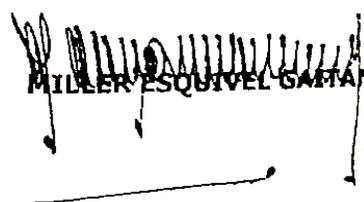
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

puesto que al ser una perfección social, siempre será adecuado a las circunstancias determinadas por el tiempo, como factor en el que opera lo jurídico.

Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial.

Con base en lo expuesto, la Corte considera que las normas acusadas, lejos de atentar contra la dignidad del trabajador, se caracterizan por establecer una seguridad jurídica, por razones de beneficio mutuo de los extremos de la relación laboral, que se ven en situación de inmediatez y prontitud, razón por la cual una prescripción de largo plazo dificultaría a patronos y a trabajadores la tenencia o conservación de pruebas que faciliten su demostración en el juicio. Es por ello que la prescripción trienal de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo.

Las normas acusadas son en beneficio directo del trabajador, pues buscan la seguridad en la vida jurídica. Se le brinda a aquel la oportunidad para reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero ponen a dicha oportunidad un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica.”