



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NINA AMELIA SILVA GOMEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 023 2019 00478 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de septiembre de 2020.

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

PORVENIR S.A., sostuvo que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, argumentando que el traslado efectuado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, acorde con lo observado en el formulario de afiliación, cumpliendo a

cabalidad con la obligación de información que le asistía al tiempo de la vinculación, y en concordancia con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Resaltó que la demandante contó con la posibilidad de regresar al régimen de prima media en múltiples ocasiones. Asimismo, indicó que la devolución de la comisión de administración resulta improcedente, por corresponder a prestaciones mutuas, según los argumentos y normas que relacionó en su escrito.

A su vez, COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no es procedente ordenar el traslado de la demandante por no evidenciarse la existencia de vicios del consentimiento o dolo que hubieran influido en la decisión de la demandante. Además, señaló que del interrogatorio de parte practicado se demuestra negligencia por parte de la actora respecto del deber de consulta sobre su situación pensional, dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, se presentó un error de derecho que en ningún caso vicia el consentimiento, ni la afiliación de la señora Nina Amelia Silva. Expone que invertir la carga de la prueba resulta desproporcionado al exigirle al Fondo documentos y proyecciones que para la época no eran requeridos, a su vez, arguyó que la manifestación de inconformidad en cuanto al monto de la pensión por sí sola no se constituye en prueba de que el cambio de régimen haya sido motivado por un engaño o por falta de información.

El apoderado de la DEMANDANTE solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, no dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional de la demandante, afectando sus derechos prestacionales, argumento que resulta suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., mediante formulario fechado el 3 de septiembre de 1997, en razón a que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa, suficiente, comprensible y oportuna respecto de las condiciones en uno y otro régimen y en especial sobre la situación concreta de la afiliada. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 27 de mayo de 1960, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 03 de septiembre de 1997, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 13, y 48 de la Constitución Nacional, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador, los artículos 1, 11, 12, 13, 31, 32, 33, 59 y 60 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 663 de 1993, 656 de 1994, 2071 de 2015, y 3995 de 2008; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31314 de 2011, 33083 de 2011, 46292 de 2014, y 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 107 a 119, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la causal establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo tanto, no puede retornar al RPM, encontrándose válidamente afiliada al RAIS. Así mismo, manifestó que la pretensión de nulidad de traslado

contenida en la demanda no se estructura en la falta de información suministrada al momento de realizarse el traslado, sino en la inconformidad frente a la diferencia en la mesada pensional que recibirá la actora en cada régimen, lo cual no constituye prueba de engaño o falta de información. Señala que de encontrarse probado omisión en la información, las consecuencias de la nulidad no podrán ser extendidas a terceros, es decir, a Colpensiones, puesto que se afectaría la sostenibilidad del sistema, ya que no puede endilgársele responsabilidad por su actuar pacífico en los traslados efectuados. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, inexistencia de la obligación, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la genérica.

PORVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 147 a 171, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en la inexistencia de razones fácticas y jurídicas que conduzcan a la ineficacia del traslado que válidamente realizó la actora, arguyó también el incumplimiento del deber radicado en cabeza de la accionante de informarse sobre su situación pensional particular. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO.DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante NINA AMELIA SILVA GOMEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante NINA AMELIA SILVA GOMEZ, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

TERCERO: DECLARAR que la demandante NINA AMELIA SILVA GOMEZ para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia se ha indicado la necesidad de brindar información suficiente y completa al afiliado que pretende cambiarse de régimen, lo que implica comunicarle a aquel sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras, criterio jurisprudencial que resulta aplicable al caso, en el que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para solicitar sea revocada la sentencia puesto que al momento de tramitar el traslado de régimen de la accionante el ordenamiento jurídico no determinaba una forma concreta en que las AFP debían brindar la información, como tampoco se consagraba el deber de documentar la asesoría suministrada más que con el formulario de afiliación, en razón a que las mismas se efectuaban de forma verbal, y solo fue con

posterioridad en el tiempo con un desarrollo legislativo y jurisprudencial, que nacieron obligaciones tales como documentar las asesorías y brindar buen consejo, entre otras. En tal entendido, manifestó carece de sentido exigir las pruebas documentales de la asesoría que se realizó en tal tiempo, cuando esta fue brindada de forma verbal, en consecuencia, deviene en una carga imposible de demostrar para las AFP, máxime cuando solo se cuenta con el formulario de afiliación. Así mismo, reprochó la conducta omisiva de la demandante al no realizar anteriormente el traslado al régimen de prima media, y no considerar solicitar nuevas asesorías o información frente a su vinculación, en tal sentido indicó que, el desconocimiento de la ley no es excusa para afectar de vicios del consentimiento el acto de afiliación.

Reiteró que con el fallo dictado en primera instancia se esta sometiendo a un imposible jurídico a las AFP, en la medida en que se pretende sea demostrado el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes o existían para el momento de la afiliación. Solicitó que en caso de confirmarse el proveído se excluya de las condenas lo referente a gastos de administración, ya que estas sumas tienen por mandato legal una destinación específica, que ha sido cumplida por parte de la AFP, siendo invertidas en la forma exigida por la ley, por lo tanto, dichas sumas ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objeto en el manejo de las cuentas individuales.

A su vez la apoderada de COLPENSIONES indicó que en el caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues la demandante no poseía una expectativa legítima al momento de efectuar el traslado, como quiera que contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez, asimismo puntualizó que al no ser beneficiaria del régimen de transición no le son aplicables los postulados de unificación jurisprudencial que permiten su regreso al régimen de prima media en cualquier tiempo. Citó la sentencia No 2016-0008701 del 17 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, señalando que la simple manifestación de inconformidad en cuanto a la diferencia a recibir como mesada pensional

en el RPM o en el RAIS, no constituye por si sola prueba de que cuando la demandante realizó su traslado lo haya hecho motivada por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el

Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

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

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

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

De la documental visible a folio 30, se evidencia formulario de solicitud de vinculación a PROVENIR S.A., del 03 de septiembre de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que a la demandante no le fueron informadas en ningún momento las implicaciones de cambio de régimen, que lo único que le fue manifestado en la época del traslado fue que dichos papeles (formulario de afiliación) debían ser firmados para efectuar el cambio a PORVENIR S.A, sostuvo que no fue advertida por el asesor de PORVENIR S.A., sobre los pros y contras que dicha decisión podría tener a largo plazo. Manifestó que al tiempo del traslado se encontraba laborando en Molinos La Soberana, desempeñando labores como empacadora de harina precocida. Indicó que el formulario de afiliación le fue suministrado por una empleada de Porvenir, quien les aseguro que el Seguro Social se iba a liquidar, asimismo señaló que nunca le fue brindada asesoría sobre las condiciones necesarias para acceder a la pensión en el régimen de ahorro

individual, y solo conoció de dichas condiciones al momento de solicitar la prestación pensional.

Señaló que fue el asesor de Porvenir quien le indicó que firmara el formulario de afiliación. Relató que intentó tramitar cambio de régimen pensional hacia el año 1999, no obstante, los asesores de Porvenir S.A., le manifestaron que permaneciendo en dicho fondo tenía más beneficios para obtener la asignación pensional, sin que le fueran explicadas cuales eran aquellas ventajas.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OLGA LUCIA ORDOÑEZ CABALLERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD MUTUAL S.A.

RADICADO: 11001 3105 023 2019 00170 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y OLD MUTUAL S.A hoy SKANDIA S.A, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de agosto de 2020.

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

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que es imposible invertir la carga de la prueba puesto que exigir al fondo documentos o proyecciones que para esa época no se exigían, es desproporcionado, argumentó que la carga de la prueba recae en el demandante y será quien deberá acreditar el vicio del consentimiento que alega, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia

solicitada, debido a que la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993.

La apoderada de la demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que los perjuicios causados por falta de información al derecho pensional, no solo ponen en riesgos los derechos fundamentales como la vida y el mínimo vital, sino que bloquean el relevo generacional del país.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A., así como también los traslados efectuados a PORVENIR S.A., OLD MUTUAL, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 11 de septiembre de 1962, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 1 de noviembre de 2000, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., ofreciendo una mesada mas alta al momento de llegar a la pensión de vejez, situación que igualmente se presentó con los Fondos de pensiones PORVENIR S.A., Y OLD MUTUAL.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 Y 53 de la Constitución Nacional, el articulo 4 del Decreto 656 de 1994, el articulo 45 de la Ley 795 de 2003, el articulo 30 del Decreto 663 de 1993, articulo 10 del Decreto 720 de 1994, Ley 797 de 2003, Decreto 3800 de 2003 y el Decreto 2241 de 2010.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 108 a 116, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la actora no tiene derecho a la nulidad solicitada, ya que la afiliación cuenta con validez, en tanto obra como soporte las cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho fondo, de

manera libre, espontanea y voluntaria. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la genérica.

OLD MUTUAL., allegó el escrito de contestación que obra a folios 127 a 146, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que la entidad si brindo a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, validez de la afiliación, compensación, pago, ausencia de vicios de consentimiento y genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 155 a 161, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que la actora de forma voluntaria y sin presiones decidió trasladarse a otra AFP, por lo cual se respeto dicha voluntad de la demandante trasladando aportes y rendimientos a la AFP con la que hoy en día se encuentra vinculada . Propuso las excepciones de 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 genérica.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 176 a 194, en el que se opuso a todas las pretensiones, por la cual manifestó que se brindo a la parte demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de tomar tal decisión de trasladarse de régimen en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de su propios actos.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de agosto de 2020, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la señora OLGA LUCIA ORDOÑEZ CABALLERO al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la sociedad COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, al igual que del traslado horizontal en el RAIS efectuado a través de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y a la sociedad OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., inclusive a la misma administradora sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y a la sociedad OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., por el periodo de tiempo que estuvo afiliado a cada una de estas entidades, a devolver a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora OLGA LUCIA ORDOÑEZ CABALLERO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

PARAGRAFO: AUTORIZAR a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a descontar únicamente los dineros entregados a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y a la sociedad OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.- OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., con ocasión al traslado de la parte demandante a dichas administradora.
TERCERO: DECLARAR que la señora OLGA LUCIA ORDOÑEZ CABALLERO para todos los efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida , administrado en su momento por extinto I.S.S. hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES por las razones expuestas.

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

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos ha concluido que es un deber de las administradoras brindar información completa y suficiente de lo que conllevaría trasladarse de régimen y sus consecuencias futuras, así como también resaltó que estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, en cuanto al numeral segundo en el cual ordena la devolución por parte de porvenir de los gastos de administración en el sentido que esos gastos fueron debidamente soportados dentro del proceso ya que fueron destinados a la pensión de invalidez y sobrevivencia riesgos que se encontraron cubiertos mes a mes durante el termino de vigencia de la demandante con la entidad.

El apoderado de OLD MUTUAL, interpuso recurso de apelación parcial en lo concerniente a la condena en lo que tiene que ver a los gastos de administración esto en concordancia al artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

A su vez la apoderada de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia en su totalidad al señalar que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, ya que no hay una expectativa legítima para la demandante, por lo anterior sostuvo que no hay lugar a declarar la ineficacia solicitada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412

y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

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

De los documentos visibles a folios 32, 147 y 163 se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., del 18 de septiembre de 2000, posteriormente a PORVENIR S.A., de fecha 29 de marzo de 2004 y OLD MUTUAL hoy SKANDIA, de fecha 8 de agosto de 2008.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2000 recibió en su lugar de trabajo unos asesores de Colfondos S.A, mediante asesoría general, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar y por eso suscribió el formato de afiliación; posteriormente se traslado a Old Mutual y Porvenir en el año 1998, quienes le ofrecieron mejor rentabilidad, pero finalmente no le dieron en ese nuevo Fondo ninguna información diferente a la que ya había recibido.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación de los diferentes fondos de pensiones ya mencionados, debido a los traslados horizontales realizados por la demandante, los mismos no resultan suficientes, esto de conformidad a los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a

la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA NUBIA LEON RINCON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A Y OLD MUTUAL

RADICADO: 11001 3105 026 2018 00608 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de octubre de 2020.

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

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Protección S.A y Old Mutual es nulo, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documental suficiente, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación en la totalidad de la decisión, al considerar que el A-quo estuvieron acorde a derecho; y por el contrario, deben desecharse los argumentos que en favor de la alzada que propuso la demandada Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones Protección S.A., el 1 de agosto de 1998, por la omisión del fondo a su deber de información pues la misma no fue de forma clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de julio de 1983 hasta el 1 de agosto de 1998, fecha en que se trasladó a Protección S.A., sin que existiera una decisión libre y voluntaria al advertir que no hubo la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió.

Como fundamento normativo, citó el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio, el Decreto 1049 de 2006, así como también sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado N° 31989 DE 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OLD MUTUAL dio contestación como aparece de folios 101 a 111, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte de la afiliada, por lo que al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acepto todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES., allegó el escrito de contestación que obra a folios 216 a 221, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al señalar que la fecha de afiliación efectuada por la demandante por la AFP OLD MUTUAL tiene plena validez, por lo que realizar el traslado de sus aportes y aceptarlos, genera descapitalización a la Entidad. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación como aparece de folios 233 a 240, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que los asesores suministraron información precisa, veraz y de fondo sobre el traslado de régimen, sus desventajas, ventajas y diferencias con el RPM y con dicha asesoría la actora de manera libre y voluntaria decide afiliarse en el mes de agosto de 1998. Propuso las excepciones de inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones, buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de octubre de 2020, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Blanca Nubia León Rincón, al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del año 1998, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones OLD MUTUAL a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración conforme lo expuesto en la parte emotiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, para que acepte el traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante conforme lo expuesto en la parte emotiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en costas a PROTECCION, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000).”

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

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

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

De los medios probatorios arrimados al plenario en primer lugar no se observa interrogatorio de parte efectuado por la demandante en segundo lugar a folios 195 y 241 e evidencia formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., del 13 de agosto de 1998 y posteriormente a OLD MUTUAL. hoy SKANDIA., de fecha 16 de abril de 2018.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación de los diferentes fondos de pensiones ya mencionados, debido a los traslados horizontales realizados por la demandante, los mismos no resultan suficientes, esto de conformidad a los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA DEL CARMEN JIMÉNEZ VARGAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 028 2019 00360 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Protección S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de octubre de 2020.

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

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no es procedente ordenar el traslado de la demandante cuando quedó demostrado que obedeció a una decisión libre y voluntaria sin que en momento alguno se haya generado vicio del consentimiento en la afiliación; se refirió al principio de sostenibilidad financiera para manifestar que resulta vulnerado con dicha orden.

A su vez PROTECCIÓN S.A., sostuvo que no procede la devolución de la comisión de administración, según los argumentos y normas que relacionó en su escrito.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que el material probatorio recaudado en el juicio es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 17 de junio de 2002, en razón a que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna respecto de las condiciones en uno y otro régimen y en especial sobre la situación concreta de la afiliada. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 25 de diciembre de 1963, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 17 de junio de 2002, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión, situación que igualmente se presentó cuando se cambió al Fondo de Pensiones Santander S.A. hoy Protección S.A., el 23 de septiembre de 2003.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Nacional, los Decretos 720 y 692 de 1994; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 54814 de 2018, 47125 de 2018 y 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 84 a 94, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la

demanda en razón a que el fundamento de las pretensiones de la demanda no es la falta de información para efectuar el traslado sino la inconformidad frente a la diferencia en la mesada pensional que recibirá en cada régimen, con sobrecarga en el régimen de prima media y buscando aprovecharse de los beneficios del fondo común de los afiliados que de buena fe si han hecho parte de este. Propuso las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, y la genérica.

PORVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 131 a 152, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en la inexistencia de razones fácticas y jurídicas que conduzcan a la ineficacia del traslado que válidamente realizó la actora. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 161 a 171, en el que negó la falta de información aducida por la afiliada demandante al manifestar que los promotores de ese Fondo le dieron a conocer todo lo relacionado con el sistema general de pensiones, así como las características de cada régimen. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de octubre de 2020, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO.DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARIA DEL CARMEN JIMENEZ VARGAS al RAIS con fecha de 17 de junio de 2002, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.
SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con*

todos sus frutos e intereses, sin deducción alguno por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA DEL CARMEN JIMENEZ VARGAS identificada con C.C. 39.689.074 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: Las costas de esta instancia están a cargo de cada una de las entidades demandadas, señalándose como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas y favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el Superior, por ser adversa los intereses a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia constituye un precedente judicial que debe ser aplicado en este caso, en el que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado el Fondo de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación hubiesen impartido información veraz, oportuna y comprensible sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, sin que el formulario de la afiliación inicial constituya prueba de haber sido informada de las desventajas o beneficios que implicaban el traslado y su firma de la demandante solo permite establecer una aceptación pero no informada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación para solicitar se revoque parcialmente la sentencia en cuanto ordenó a ese Fondo efectuar la devolución de los gastos de administración, toda vez que se demostró en el juicio que los aportes cotizados por la actora fueron administrados en una gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado generando los rendimientos financieros, los que se estarían trasladando sin que exista razón para devolver los referidos gastos, así como la prima del seguro previsional que fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación y no es posible efectuar la devolución de

esas sumas de dinero, toda vez que sobre estos opera la prescripción prevista en las normas laborales.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia en su totalidad al radicar su inconformidad en que no es posible concluir la existencia de un engaño a la demandante que se perpetuó en años y efectuar un traslado horizontal dentro del mismo RAIS. Igualmente solicitó que en caso de ser conformada la sentencia se mantenga la orden de trasladar los dineros de la cuenta individual de la demandante.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a

cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible

afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles a folios 160 y 171, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 17 de junio de 2002 y posteriormente a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 1° de noviembre de 2003.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en junio de 2002 recibió en su lugar de trabajo en el Sena a unos asesores de Porvenir quienes le informaron que se podía pensionar de manera anticipada y con mejor pensión que en el Seguro Social, que también se le podrían devolver los aportes efectuados, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar y que por ello esa entidad no la podría pensionar, lo que dice le generó temor y por eso suscribió el formato de afiliación para lo cual leyó los datos básicos que debía diligenciar; posteriormente en septiembre de 2013 recibió la visita en su puesto de trabajo de un asesor de Santander quien dijo ofrecerle un mejor servicio porque en el anterior Fondo no le daban ninguna asesoría, pero

finalmente no le dieron en ese nuevo Fondo ninguna información diferente a la que ya había recibido.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GUILLERMO ANTONIO SERRANO LÓPEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 031 2019 00647 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve los recursos de apelación presentados por el apoderado de la demandada Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de junio de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes. Por la parte demandante se solicitó confirmar la sentencia con fundamento en que se pudo acreditar que el demandante no recibió una asesoría completa, real y veraz del fondo privado para que hubiera tomado una decisión que en realidad se pudiera considerar libre y voluntaria.

A su vez la demandada Colpensiones sostuvo que no se acreditó ningún vicio del consentimiento capaz de invalidar la decisión del actor de trasladarse de régimen pensional, por lo cual no le son aplicables las

prerrogativas para declarar la ineficacia del traslado efectivamente realizado.

Por su parte PORVENIR S.A., sostuvo que no procede la ineficacia del traslado que dispuso el Juzgado, así mismo objetó la devolución de la comisión de administración, según los argumentos y normas que relacionó en su escrito.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 25 de septiembre de 1998, en razón a que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna respecto de las condiciones en uno y otro régimen y en especial sobre la situación concreta de la afiliada. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que desde el 8 de junio de 1991 se vinculó en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 30 de septiembre de 1998, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar esa decisión de manera informada.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13,48, 49 y 53 de la Constitución Nacional, los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados SL 1452 de 2019 y 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 72 a 88, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el actor no reúne las condiciones de ley para regresar al régimen de prima media, ni es beneficiario de la

transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, y la genérica.

PORVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 145 a 160, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en la inexistencia de razones fácticas y jurídicas que conduzcan a la ineficacia del traslado que válidamente realizó el actor, sin que allegue prueba ni siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan esas pretensiones. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de junio de 2020, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO.DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por GUILLERMO ANTONIO SERRANO LÓPEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: Condenar a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes del demandante GUILLERMO ANTONIO SERRANO LÓPEZ junto con los rendimientos causados sin que pueda descontar suma alguna como consecuencia del tiempo de afiliación.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en razón a la ineficacia del traslado de régimen a recibir al afiliado GUILLERMO ANTONIO SERRANO LÓPEZ en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera cambiado de régimen.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a pagar las costas y agencias en cuantía de ½ salario mínimo.

QUINTO: Conceder el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en caso de no ser recurrida la sentencia por esa entidad.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia constituye un precedente judicial que

debe ser aplicado en este caso, en el que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado el Fondo de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación hubiesen impartido información veraz, oportuna y comprensible sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, sin que el formulario de la afiliación inicial constituya prueba de haber sido informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para solicitar se revoque en su integridad la sentencia al considerar acreditado en el juicio que el demandante se trasladó de manera voluntaria a ese Fondo, sin que hubiera sido obligado a ello; sostuvo que no se cumplen en este caso las condiciones legales para declarar la ineficacia del traslado por no existir ninguna situación que lo invalide y el precedente dado en la jurisprudencia cobra vigencia para los afiliados que cuentan con un derecho causado según el salvamento de voto proferido en una de las sentencias a la que hizo referencia; sin que en el presente asunto se lesione una expectativa pensional del demandante, ni existir vicio del consentimiento alguno en el acto de afiliación; consideró acreditado el deber de información de acuerdo con las normas vigentes para la época del traslado porque el deber de doble asesoría solo surgió hasta el año 2014; igualmente se opuso a la condena referente a la devolución de gastos de administración por haberse causado esas sumas con la cobertura del riesgo y finalmente manifestó que las sentencias de tutela a las que se hizo referencia en la sentencia tienen efectos inter partes y por ello no pueden servir de fundamento a la decisión recurrida.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González,

procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la

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

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

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

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

Del documento visible a folio 16, se evidencia que el demandante suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 25 de septiembre de 1998.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que es de profesión veterinario y se desempeña como representante de ventas de vacunas aviares, manifestó que en 1998 fue visitado por un asesor comercial de Porvenir quien le informó que se podía pensionar de manera anticipada y con mejor pensión que en el Seguro Social, que también se le podrían devolver los aportes efectuados, sostuvo que le dijeron que esa entidad se iba a terminar, lo cual dice que le generó temor y por esa razón se trasladó, pero sin recibir información concreta sobre la forma en que se pensionaría. Sostuvo que varios conocidos suyos al llegar al momento de pensionarse en fondos privados recibieron sumas por mesada pensional muy inferiores a las esperadas por lo cual contrató un actuario quien al hacer la diferencia del monto pensional en los dos regímenes le dio a conocer que era 3 veces menor el del fondo privado respecto de la suma que recibiría en Colpensiones.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

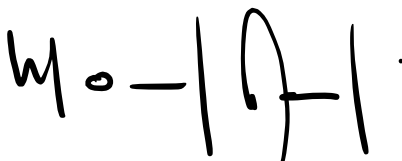
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR SANDRA VIVIANA MALDONADO POSADA contra
EXPRESION CONSTRUCTORA S.A.S. y solidariamente contra
RODRIGO GRANADOS RAMÍREZ.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 032 2017 00343-01

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

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada por el tiempo comprendido entre el 19 de agosto de 2014 y el 16 de septiembre de 2016, con un salario de \$4'800.000, que fue terminado sin que mediara justa causa, por lo cual pretendió el reconocimiento y pago de salarios causados y no pagados, cesantías e intereses con la sanción legal por no pago oportuno, primas de servicios, vacaciones, sanción por la falta de consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, costas del proceso y las condenas ultra y extra petita a que hubiere lugar.

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones manifestó que se vinculó laboralmente con la sociedad demandada a partir del 19 de agosto de 2014 en el cargo de Asistente del Departamento Técnico de la

Empresa, informó que dicho contrato finalizó el 31 de diciembre de 2015 por decisión de la demandada, sin que se efectuara el pago de las acreencias laborales causadas; sostuvo que nuevamente a partir del 1º de febrero de 2015, fue vinculada para laborar esta vez mediante contrato escrito de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Jefe Operativo del Departamento Técnico con un salario inicial de \$3'800.000, vínculo que finalizó el 31 de octubre de 2015. Manifestó que el 4 de noviembre de 2015 fue contratada por la Empresa NOVA CONSTRUCTORA S.A.S., para desempeñar el cargo de Subgerente y Representante Legal Suplente con un salario de \$4'800.000, pero continuó prestando servicios para la sociedad EXPRESION CONSTRUCTORA S.A.S. hasta el 16 de septiembre de 2016.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado mediante auto de fecha 20 de marzo de 2018 (fl. 54) dispuso el emplazamiento tanto de la sociedad como de la persona natural demandadas y designó curador ad litem para ser representados en el juicio. El auxiliar de la justicia dio contestación y propuso la excepción de prescripción. (fls. 155-157)

La sociedad demandada fue notificada en forma personal a través de su representante legal, como consta en el acta respectiva visible a folio 69, y por auto del 2 de marzo de 2020 (fl. 72) se dio por no contestada la demanda.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 8 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada EXPRESIÓN CONSTRUCTORA S.A.S., conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. -DECLARAR que entre la demandante SANDRA VIVIANA MALDONADO POSADA y la demandada EXPRESIÓN CONSTRUCTORA S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de febrero y el 31 de octubre de 2015.

TERCERO. CONDENAR a la demandada EXPRESIÓN CONSTRUCTORA S.A.S. a pagar a la demandante los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

Por cesantías la suma de \$2.850.000
Por intereses a las cesantías la suma de \$256.500
Por sanción por no pago de los intereses a las cesantías: \$256.500
Por prima de servicios: \$2.850.000.
Por vacaciones: \$1.425.000.
Por salario del mes de octubre de 2015: \$3.800.000.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada EXPRESIÓNCONSTRUCTORA S.A.S. a pagar la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de la liquidación final de las prestaciones sociales a la demandante, sanción moratoria que correrá del 1 de noviembre de 2015 al 31 de octubre de 2017 en cuantía de \$91.200.000.00; así mismo, a partir del 1 de noviembre de 2017 correrán intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera sobre lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales, y hasta el momento de su pago definitivo.

QUINTO. -ABSOLVER a la demandada EXPRESIÓNCONSTRUCTORA S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra y al demandado RODRIGO GRANADOS RAMÍREZ de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. CONDENAR en costas a la demandada EXPRESIÓN CONSTRUCTORA S.A.S. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a cinco (5) smlmv. Sin costas respecto del demandado RODRIGO GRANADOS RAMÍREZ.

La presente decisión queda notificada en estrados.”

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al manifestar que:

“Solo en cuanto a lo que tiene que ver con el extremo final de la relación declarada por su señoría me aparto muy respetuosamente de su decisión en el sentido que básicamente en el presente caso nos encontramos que entre la empresa EXPRESION CONSTRUCTORA S.A.S. y NUEVA CONSTRUCTORA se evidencia desde el punto de vista legal que hubo una predominancia económica, es decir que NUEVA CONSTRUCTORA nace a la vida jurídica como consecuencia de la decisión de EXPRESION CONSTRUCTORA y cumplían además actividades similares, conexas y complementarias; en ese sentido lo que procedería en este caso conforme con lo que se indicó por los testigos cuando hicieron referencia a que la señora SANDRA VIVIANA MALDONADO POSADA continuó ejerciendo actividades para EXPRESION CONSTRUCTORA S.A.S. e independientemente de que hubiesen migrado a la NUEVA CONSTRUCTORA debió haberse declarado por parte del fallador de primera instancia unidad de empresa conforme lo dispuesto por el artículo 196 del C.S.T., subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 y esto con el único ánimo o con el propósito finalístico que a través de dicha unidad ver que como la constitución de una diferente sociedad como es el caso que nos ocupa NOVA CONSTRUCCIONES y que sería una persona

jurídicamente diferente a la de los socios, se oculta o se simula la verdadera realidad económica en perjuicio de los trabajadores vinculados a ellas y para evitar hacer prevalecer con esa figura jurídica todas las consecuencias que se derivan del contrato de trabajo. Por esos señores magistrados ese fue el único ánimo que EXPRESION CONSTRUCTORA S.A.S. y si ustedes se dan cuenta del testimonio se colige que el ánimo de la creación de NOVA era asumir toda la parte técnica de la empresa, es decir había unidad de empresa porque cumplía una actividad conexas y complementaria; en ese sentido debe prevalecer la realidad económica sobre la jurídica y el concepto de explotación de unidad económica que en este caso particular coinciden entre el objeto social que desarrolló EXPRESION CONSTRUCTORA con NUEVA CONSTRUCTORA. En ese sentido solicito muy respetuosamente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá modifique la sentencia en cuanto al extremo final de la relación laboral y en ese sentido se ajusten las condenas proferidas por el a quo.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPL y SS, la Sala examinará si en el presente asunto se deben acoger los planteamientos del recurrente frente a la declaratoria de unidad de empresa que propone en el recurso frente a la sociedad demandada EXPRESION CONSTRUCTORA S.A.S. y NOVA CONSTRUCTORA S.A.S., para de esa manera determinar que el extremo temporal final que aduce debió ser tenido en cuenta en la sentencia recurrida para todos los efectos.

Debe partir la Sala del hecho que en la sentencia de primera instancia se declaró probada la existencia del vínculo laboral que tuvo lugar entre las partes con los extremos temporales, cargo y salario que igualmente estableció como demostrados el a quo, esto con fundamento en las pruebas recaudadas en el curso del debate probatorio al ser declarado el referido contrato de trabajo con la sociedad demandada EXPRESION CONSTRUCTORA S.A.S., por el tiempo total que se acreditó como laborado por la actora para dicha sociedad, al señalar el a quo que la sociedad NOVA CONSTRUCCIONES S.A.S., no fue demandada en este proceso.

Ahora bien, el apoderado del demandante argumentó en su recurso de apelación que en la sentencia se debieron proferir las condenas ajustadas de acuerdo con el extremo temporal final y tomando para ello

como un mismo y único contrato el que correspondió a la vinculación laboral que tuvo la demandante con la sociedad NOVA CONSTRUCCIONES S.A.S. al argumentar que se debe declarar la unidad de empresa entre esta y la sociedad demandada EXPRESION CONSTRUCTORA S.A.S.

Al ser evidente que tales pretensiones no fueron planteadas en la demanda, sin que tampoco hubiera sido llamada al juicio en calidad de demandada la referida sociedad NOVA CONSTRUCCIONES S.A.S., no podía el a quo en aplicación del artículo 50 del C.P.T. y S.S., efectuar ese pronunciamiento, toda vez que de manera clara esa norma dispone:

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

Con respecto a las referidas facultades existe inveterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que es preciso rememorar, en lo pertinente:

“No debe pasarse por alto que la facultad que tiene los jueces de primera instancia para fallar por fuera o más allá de lo pedido está condicionada a que los hechos que originen el fallo extra o ultra petita hayan sido discutidos en juicio, no siendo suficiente que simplemente se encuentre probado el hecho. Y es que una cosa es la facultad de fallar por fuera o más allá de lo pedido que consagra el artículo 50 del Código Procesal de Trabajo, autorización conferida al juez de primera instancia que es una consecuencia, si se quiere lógica y necesaria, del carácter protector que tiene la legislación laboral y que constituye una sana aplicación del principio de economía procesal, y otra diferente, que se condene tomando en consideración un hecho que no ha sido discutido en el juicio, pues esto último es claramente violatorio del debido proceso y desconoce flagrantemente la condición exigida en dicho artículo de que se hayan discutido y probado los hechos que originen los salarios, prestaciones e indemnizaciones distintas de los pedidos o su pago por sumas mayores que las demandadas, si aparecen que están son inferiores a las que correspondan al trabajador, de conformidad con la ley.

El fallo ultra o extra petita no viola el debido proceso, en cambio el fallo, por fuera de la causa pretendí es francamente violatorio de una fundamental garantía constitucional, en la medida en la que sin haberse discutido en juicio el hecho generante del derecho, con grave menoscabo del derecho de defensa, se sorprende al demandado con una condena basada en una causa no alegada y a la que por, lo mismo, no tuvo oportunidad de controvertir”. . (CSJ. Cas. Laboral, Sentencia Oct. 18/77)

Acorde con lo anterior, es claro que la sentencia de primera instancia no podía acoger los planteamientos del apoderado del actor expuestos en su alegato de conclusión y que son reiterados en el recurso de apelación, en cuanto a efectuar declaraciones sobre aspectos que no fueron determinados en las pretensiones declarativas ni condenatorias de la demanda y que en esa medida están por fuera del litigio que se fijó en su oportunidad, sin que menos aún se puede dar lugar a ello en la sentencia de segunda instancia, toda vez que también en ese sentido han sido reiterados los pronunciamientos de la jurisprudencia referida al señalar:

“...la facultad de fallar extra petita solo es concedida por el artículo 50 Código Procesal Laboral al sentenciador de primer grado. Si su decisión es apelada, el tribunal puede confirmarla, revocarla o modificarla para disminuirla, sin que por ello quepa afirmar que está fallando también extra petita pues el pronunciamiento del juzgado en esta forma, y el recurso, lo habilitan para revisar la condena, pero con la limitación que el propio juzgado le puso en su cuantía. Esta no puede ser rebasada por el superior. Si así procede, se arroga autorizaciones que no tienen y entonces si incurre en fallo extra petita, haciendo desde luego, una indebida aplicación del mencionado artículo 50 y violándolo en consecuencia”.

De lo anterior se deduce que la figura procesal contenida en el referido artículo 50, es una facultad que tienen los jueces de primera instancia para fallar por fuera o más allá de lo pedido y se reitera que está condicionada a que los hechos que originen el fallo extra o ultra petita hayan sido discutidos en juicio, no siendo suficiente que simplemente se encuentre probado el hecho, además esta figura siempre debe entenderse según lo señala la jurisprudencia anteriormente señalada, como una facultad para el juez de primera instancia y no para el de apelaciones a quien la ley le atribuye la facultad de confirmar, revocar o modificar la decisión de primera instancia y revisar la condena, pero con

la limitación que el propio juzgado le impone al fijar el litigio de acuerdo con lo pretendido en la demanda, así como la que a su vez determina el recurso.

Acorde con lo anterior, no es posible efectuar el pronunciamiento frente a la figura que se establece en la Ley 222 de 1995, en cuanto a las situaciones de subordinación y control de sociedades, en la que se establece que para tenerse como válida la configuración del grupo empresarial es necesario que aparezca la misma en el Registro Mercantil, por ser este un deber de los vinculados de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo 2° del artículo 30 de la citada norma, para lo cual es necesario tener en cuenta que el grupo empresarial está conformado por varias unidades operativas, que conservan su independencia jurídica y administrativa, aunque obedezcan los lineamientos de una matriz o controlante que fija las políticas del grupo. En igual sentido para que pueda hablarse de unidad de empresa, se debe acudir a su definición dada en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1.990, que establece:

"Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquélla predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias"...

Así mismo para que se configure la unidad de empresa se ha requerido la concurrencia de dos elementos, como son:

- a. Elemento material: Corresponde a los hechos y circunstancias que rodean la explotación económica de la empresa, las cuales deben tener el adjetivo de similar, conexas o complementaria.
- b. Elemento formal: Consiste en la declaración solemne del Estado reconociendo la configuración de la unidad de empresa. Este pronunciamiento corresponde hacerlo al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte. También está facultado para emitirlo, el juez laboral del circuito del domicilio del demandado.

Lo anterior se menciona a manera de ilustración, pero se reitera que al estar por fuera del litigio tales aspectos, no puede la Sala adecuar su estudio en esta sentencia porque no existió pronunciamiento del a quo al respecto y en esa medida lo solicitado en el recurso de apelación desborda el ámbito de competencia de esta Corporación.

Como consecuencia de lo indicado, se confirmará la sentencia recurrida.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de octubre de 2020, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva.

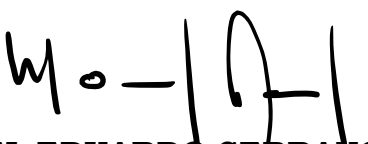
SEGUNDO. – SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR VICTORIA OCHOA GONZALEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 034 2018 00535 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de octubre de 2020.

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

COLPENSIONES reiteró su solicitud de no acceder a las pretensiones de la demanda, debido a que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, aunado a ello señaló que existió ratificación expresa o tacita que sana el presunto vicio del contrato al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento.

A su vez PORVENIR S.A., solicita se revoque en su integridad la sentencia, al sostener que no le asiste razón al fallador de primera instancia, ya que

no acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la entidad sea eficaz.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que en el caso, el fondo demandado incumplió con la carga probatoria impuesta por el artículo 167 del C.G.P sin anexar ningún elemento probatorio que acreditara que el demandante recibió la información relevante que le permitiera conocer las virtudes y falencias tanto del Régimen de Prima Media como el Régimen de Ahorro Individual.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, en el año 1994 y Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el día 20 de diciembre de 1961, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en el mes de octubre de 1994, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información clara, completa y oportuna.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48,49,53,58 y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993; así como la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 35 a 47, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda señalando de esta manera que no se pueden tener en cuenta las proyecciones pensionales, pues estas no son pruebas útiles para

demostrar un eventual vicio e el consentimiento al momento en que decidió el traslado en el año 1994. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

PROVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 104 a 126, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por cuanto las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa o abusiva, sino obedeció al resultado de dichas disposiciones que regula el RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa, y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado por la demandante VICTORIA OCHOA GONZALEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 18 de octubre de 1994, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. ***SEGUNDO: CONDENAR*** a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante VICTORIA OCHOA GONZALEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. ***TERCERO: CONDENAR*** a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de la demandante VICTORIA OCHOA GONZALEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. ***CUARTO: DECLARAR*** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas. ***QUINTO: CONDENAR*** en costas a la demandada AFP PORVENIR S.A., se fija como agencias en derecho, la suma de un salario mínimos legales mensuales vigentes, valor que se estima las agencias en derecho. ***SÉPTIMO:*** En caso de no ser apelada la presente decisión remítase ante el superior en grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.”

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES. interpuso recurso de apelación para solicitar se revoque la decisión proferida en primera instancia con fundamento en que al momento en que se efectuó el traslado en el año 1994, solo se requería el consentimiento de la persona y que se suscribiera el formato de afiliación, razón por la cual no se puede alegar la falta de información por parte de los asesores. Advirtió que a reconocerse el traslado se descapitalizaría el fondo común del Régimen de Prima media con Prestación Definida.

A su vez la apoderada de PORVENIR S.A., pidió revocar la sentencia al radicar su inconformidad en que los valores de gastos de administración están dirigidos en asegurar la invalidez o muerte, ya que se obliga a cubrir la suma necesaria para financiar la pensión no se puede devolver una prima que afecta un tercero de buena fe como lo es la aseguradora.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se

dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora

dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

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

De los documentos visibles a folios 127, se evidencia formulario de afiliación a Colmena hoy PROVENIR S.A., del 20 de diciembre de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1994 recibió en su lugar de trabajo unos asesores del fondo Colmena hoy Porvenir S.A., quienes realizaron una reunión a nivel general, en donde le informaron que el Instituto de los Seguros se iba a liquidar y que de esta manera corría peligro la pensión y la única forma de poderse pensionar era a través de un fondo privado, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información clara, completa y oportuna.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**ACCIÓN ESPECIAL DE ACOSO LABORAL (APELACIÓN SENTENCIA)
PROMOVIDA POR GUSTAVO ADOLFO PIÑA GOEZ contra ANGELINA
BOSSIO BOSSA, INGRID PATRICIA GARCÍA GARCÍA, LI YING, BAO HUNG,
ZHU YU, JORGE MOSQUERA, ZTE COLOMBIA S.A.S. y ZTE CORPORATION
SUCURSAL COLOMBIA.**

EXPEDIENTE N° 110013105 035 2016 00678 03

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

I. ANTECEDENTES

GUSTAVO ADOLFO PIÑA GOEZ, actuando mediante apoderado judicial promovió acción de acoso laboral contra ANGELINA BOSSIO BOSSA, INGRID PATRICIA GARCÍA GARCÍA, LI YING, BAO HUNG, ZHU YU, JORGE MOSQUERA, ZTE COLOMBIA S.A.S. y ZTE CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, para que se declare que dichos accionados incurrieron en conductas de acoso, maltrato, persecución, entorpecimiento e inequidad laboral, por las cuales como medida retaliatoria el empleador dio por terminado el contrato de trabajo del actor; solicitó ordenar su reintegro sin solución de continuidad a partir del 24 de mayo de 2016, el pago de la multa establecida en el numeral 3 del artículo 10 de la Ley 1010 de 2006, así como al pago de los perjuicios morales que consideró causados en la suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales. En forma subsidiaria solicitó declarar que el contrato fue terminado sin justa causa por parte del empleador. (fls. 13-14)

Como sustento fáctico de sus pretensiones manifestó que se vinculó a laborar el 11 de diciembre de 2014 mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de Coordinador de Relaciones Laborales, en virtud del cual prestó sus servicios para las dos sociedades demandadas, devengando como último salario la suma de \$5'550.000.

Narró que para el mes de diciembre de 2015 ingresó a laborar a la empresa la señora Ingrid García García, quien en el mes de enero de 2016 comenzó a generar un ambiente de discordia en el área de recurso humanos y ella junto con Diana Catalina Chávez y Angelina Bossio iniciaron comentarios del actor entre sus compañeros de trabajo relacionados con su aspecto físico, su desempeño laboral y le pusieron sobrenombres; así mismo tuvo conocimiento de una conversación vía Skype en la que se referían a él de manera peyorativa.

Sostuvo que, por los referidos hechos el 10 de febrero de 2016 diligenció un formato de informe disciplinario en el cual consignó la denuncia por acoso laboral, por lo cual fue citada la señora García a diligencia de descargos que tuvo lugar el 15 de febrero de 2016, fecha en que recibió un correo electrónico en el que se le informaba que no existan elementos probatorios que permitieran determinar que las expresiones contenidas en dicha conversación se refieran a él y que de no contar con las pruebas pertinentes se archivaría la actuación disciplinaria, sin que de ese trámite se hubiera puesto en conocimiento del comité de convivencia, por lo cual en esa misma fecha presentó renuncia motivada, sin que le fuera aceptada por Li Ying, Gerente de Recursos Humanos, quien además calificó de infantil su comportamiento y a partir de ese momento comenzó a tener un trato que calificó como beligerante y agresivo en su contra, excluyéndolo de varias actividades inherentes a su cargo.

Señaló que el 25 de abril de 2016, al iniciar su jornada laboral se percató que su computador no funcionaba y al dirigirse al departamento respectivo se le informó que al equipo le faltaban tornillos y el disco duro había sido

violentado y ante su denuncia la jefe inmediata le restó importancia al hecho, por lo cual solicitó el video de seguridad en el que dice haber evidenciado que el 23 de abril de 2016 los accionados Bao Jun y Li Ying invadieron su puesto de trabajo; sin que por más de 3 semanas le hubieran entregado computador para realizar sus labores, situaciones que dio a conocer el 26 de abril de 2016 al Representante Legal de la Empresa Zhu Yu quien le dijo que guardara silencio sobre el asunto, y en esa misma fecha fue contactado por el Director de Ejecución quien lo llevó a una cafetería cercana al lugar de trabajo en donde le indicó que el señor Yu le había pedido que lo tranquilizara y ese día se le informó sobre el cambio de piso de su puesto de trabajo; posteriormente el 27 de abril de 2016 fue enviado a la ciudad de Ibagué sin que le asignaran funciones relacionadas con su actividad laboral, a su regreso el 4 de mayo de 2016 lo mantuvieron aislado hasta el 23 de mayo en que se le notifica que por una restructuración de la empresa se le daba por terminado el contrato de trabajo, por lo cual interpuso una acción de tutela en la cual contestaron los accionados que él nunca había presentado queja por acoso laboral.

El Juzgado de conocimiento admitió la acción por auto del 13 de diciembre de 2016, en el cual ordenó notificar a los accionados (fl. 116), trámite que se surtió (fls.118 a 147), quienes dieron contestación mediante los escritos que fueron incorporados al expediente (fls. 148 a 176, 221 a 238, 259 a 283, 412 a 424, 466 a 480, 499 a 512 y 513 a 547)

La sociedad empleadora aceptó la existencia del vínculo laboral con el actor, el cual estuvo vigente por el tiempo señalado en la demanda, relacionó las funciones realizadas por el trabajador, negó que frente a él se hubieran presentado situaciones de acoso laboral, señaló que de acuerdo con el reglamento interno de trabajo se estableció un procedimiento para ventilar las quejas, las que deben ser evaluadas por el comité de convivencia sin que el demandante hubiera acudido a esa instancia a formular denuncia por acoso laboral; sostuvo que al contrario fue el trabajador quien con violación del derecho fundamental a la intimidad tomó fotos de una conversación

privada en la que no se menciona su nombre ni se hace alusión a su cargo, conducta que se encuentra prevista en la Ley 1010 de 2006 como constitutiva de acoso laboral, más aun teniendo en cuenta que la Empresa ejerce su actividad en el ámbito de las telecomunicaciones por lo que la privacidad y confidencialidad son fundamentales.

Señaló que frente al archivo de las diligencias correspondientes al trámite disciplinario que el actor promovió contra una de las empleadas de la empresa, éste no presentó recurso, ni la más mínima solicitud, lo cual evidencia su aceptación teniendo en cuenta que entre sus funciones se encontraba la de realizar procesos disciplinarios; reiteró que siendo el trabajador especialista en el tema del acoso laboral y ser miembro del comité de convivencia no efectuó trámite alguno ante el mismo, ni en el Ministerio de Trabajo, lo cual a su juicio hace evidente que no existió la presunta conducta por parte de su empleador ni de los empleados de la empresa. Propuso entre otras excepciones las de ausencia de conocimiento del que se pueda derivar tolerancia alguna, inexistencia de acoso laboral, caducidad, no obligación de reintegro, no obligación de pago de perjuicio alguno. (fls. 156 a 176 y 259 a 283),

Las personas naturales demandadas sostuvieron, de manera uniforme, que no incurrieron en conducta alguna constitutiva de acoso laboral frente al actor, que sus manifestaciones corresponden a inferencias subjetivas respecto de situaciones que no tenían nexo con él; como excepciones presentaron las de falta de causa, inexistencia de acoso, no obligación de pago por perjuicio alguno y caducidad. (fls. 221 a 238, 412 a 424, 466 a 480, 499 a 512, 513 a 528, 531 a 547,)

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 11 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, **Resolvió:**

“PRIMERO: ABSOLVER a ANGELINA BOSSIO, INGRID PATRICIA GARCÍA, LI YING, BAO YUNG, ZHU YU, JORGE MOSQUERA, ZTE COLOMBIA S.A.S., ZTE CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, de todas y cada una de las pretensiones reclamadas en su contra por parte de GUSTAVO ADOLFO PIÑA GOEZ.

SEGUNDO: Se declaran probadas las excepciones denominadas inexistencia de persistencia de conductas, falta de causa, inexistencia acoso, no obligación de pago de perjuicio alguno propuestas por ANGELINA BOSSIO, INGRID PATRICIA GARCÍA y JORGE MOSQUERA, no existencia de acoso laboral e inexistencia obligaciones propuestas por LI YING, BAO JUN , ZHU YU, e inexistencia de acoso, no obligación de reintegro, no obligación de pago de perjuicio alguno formuladas por ZTE COLOMBIA S.A.S. y ZTE CORPORATON SUCURSAL COLOMBIA.

TERCERO: Condénese en costas a la parte demandante, por tanto, se fija a su cargo la suma de \$500.000, para cada uno de los demandados, como agencias en derecho.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el Superior.

NOTIFICADO EN ESTRADOS.” (fl. 622 y vuelto)

Como sustento de su decisión el A-quo manifestó que ninguno de los declarantes dieron cuenta que dentro del Departamento de Relaciones Laborales o de cualquiera otra dependencia en las que prestaba sus servicios el actor se hubiese presentado la conducta de acoso laboral aducida en la demanda, ya que ni uno solo de los deponentes afirma que el señor Piña fuera conocido por el sobrenombre de “Úrsula” y por el contrario dichas declaraciones dan cuenta que era el demandante quién generaba altercados, profería improperios y sobrenombres a sus compañeros de trabajo, incluso promovía discriminación de género, conductas que resultan ser totalmente reprochables por el solo hecho de quién las propiciaba fuese el Director de un Departamento de Recursos Humanos, tal y como se señaló en la demanda. Señaló que se determinó que Ingrid García en una única ocasión se refirió a Gustavo Piña con el referido sobrenombre, pero lo cierto es que en los términos del artículo 2° de la Ley 1010 de 2006 el acoso laboral lo configura una serie de conductas de manera persistente, constante y reiterada por lo tanto dicha expresión si bien constituye un hecho irrespetuoso y genera incumplimiento de las obligaciones especiales del trabajador en los términos del artículo 58 del Código Sustantivo de Trabajo, en ningún modo esa

conducta puede constituir una modalidad de acoso laboral en contra del demandante.

Consideró que, analizando detalladamente las pruebas traídas al proceso se establece que el actor era quien acosaba y aunque se aportó la prueba de una conversación en la que dos empleadas lo llamaban por el apodo que se menciona en la demanda, se trata de una única conversación y no existe ningún otro medio de prueba que permita hacer evidente la situación de acoso como señala la norma; reiteró que no se desarrollaron de manera constante y generalizada conductas reiterativas con por parte de la señoras Ingrid García o Angelina Bossio; por lo cual no puede ser consideradas como prueba las afirmaciones del demandante tendientes a establecer una prueba documental que a su parecer constituye acoso laboral, pues como se ha dicho en las declaraciones de Lida Lafourie y Rodrigo Correa la organización empresarial no contaba con la aplicación de Skype implementada como herramienta de trabajo, por lo tanto la imagen de la conversación aportada al proceso fue extraída de una cuenta personal de la señora Ingrid García, lo cual resulta irregular y constituye una clara violación de su derecho a la intimidad, conducta que también resulta censurable e inapropiada para quien se encargaba del manejo de los asuntos laborales de la empresa. De acuerdo con lo confesado por el actor, sólo presentó quejas contra la señora Ingrid García, pues si bien Angelina Bossio también había participado en esa conversación ella nunca profirió improperios en su contra conforme lo anterior y en vista que el demandante no logró demostrar su dicho, es del caso absolver a todos los demandados de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra.

Frente al segundo aspecto, que corresponde al entorpecimiento laboral que manifiesta el demandante que se configura como modalidad de acoso por el hecho de que su computador fue manipulado y en particular su disco duro fue violentado, en la grabación que obra a folio 111 del expediente no se evidencia que los intervinientes se encuentren desarmando un computador, ni menos aunque el disco duro hubiese sido destruido o sustraído, manipulado o alterado de igual forma no se encuentra acreditado que la

mujer o el hombre que aparecen en el video sean Bo Yong y Li Ying y menos aún que ellos hayan sido los responsables de los daños mencionados.

En lo que tiene que ver con el traslado del actor a la ciudad de Ibagué, de acuerdo con las declaraciones de Ingrid García, Lida Lafourie y Rodrigo Correa, dentro de las funciones que se le habían asignado al actor se encontraba la de trasladarse a diferentes ciudades del país, como Ibagué, el Eje Cafetero entre otras regiones; a su vez el actor en su interrogatorio de parte aceptó ese hecho e incluso señaló que los traslados a esas ciudades tenían por objeto atender diligencias laborales de carácter judicial o administrativo y que en muchas ocasiones fungía como representante legal y apoderado de su empleador. Entonces el hecho de que haya tenido que trasladarse a la ciudad de Ibagué para atender labores propias de su cargo, en lo más mínimo constituye un hecho de acoso laboral, máxime teniendo en cuenta el cargo desempeñado por el accionante que era un alto dentro de la organización. En consecuencia, por la evidente omisión probatoria se descartará de tajo la comisión de hechos que en concepto del actor son constitutivos de conductas de acoso laboral por lo cual se absuelve a Bao Yong y Li Yung de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante.

En cuanto al tema de la persecución e inequidad laboral, que aduce el actor con fundamento en que fue aislado del área en la cual laboraba con la finalidad de obtener su renuncia, no se ha discutido que fue trasladado a otro piso de las instalaciones de la empresa y de ello da cuenta lo expresado por el Representante Legal de las sociedades demandadas, quien señaló que esa decisión se adoptó por necesidades del servicio; y de acuerdo con la prueba testimonial el demandante no fue la única persona que trasladaron de piso, pues este cambio también se dio con los trabajadores Lorena Torres y Mabel Rosso; lo cual de ningún modo refleja un medio de represión en contra del actor y él en todo momento mantuvo la función para la cual fue contratado sin que en ningún caso fuera desmejorado de sus condiciones laborales o su salario disminuido en lo que tiene que ver con la exclusión del proyecto de telefonía o telefónica debemos partir de la base que tal y como lo

manifestó el propio demandante al momento de absolver su interrogatorio de parte, la Compañía contaba con el servicio de asesoría jurídica externa por ende no estaba vedada la externalización del proceso de cierre de un proyecto es por ello que de ninguna manera puede ser tomado este hecho como una modalidad de acoso laboral máxime cuando ha sido advertido en precedencia que el demandante siempre ejecutó con normalidad las funciones para las cuales había sido contratado hasta el momento de la finalización de su vínculo contractual.

Acorde con lo anterior negó el reintegro demandado al reiterar que para el momento de la terminación del contrato de trabajo el actor no se encontraba cobijado por las garantías del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, por lo tanto, su empleador no se encontraba imposibilitado para finiquitar el vínculo laboral y en cuanto a la declaración de la unidad de empresa manifestó que no había lugar a efectuar pronunciamiento como quiera que esta petición fue objeto de exclusión de la fijación del litigio.

III. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE ¹

¹ *“Recurso de apelación parte demandante.”*

Frente a las consideraciones y amplio análisis que hace el Despacho sobre las declaraciones testimoniales de las mismas partes que concurrieron al proceso frente a las cuales se presentan algunos errores de valoración probatoria que empezaremos a analizar en igual sentido frente a las que se acusó invocadas en la demanda; en este orden se vislumbra que el juzgado hace la valoración tergiversada de las de las confesiones declaraciones de parte de mi mandante y toma en favor del propio demandado las confesiones que hace frente a las conductas desplegadas frente a mi mandante, queda acreditado se pretendió dentro del proceso a ser ver al Señor Gustavo Piña como si él fuera el perpetrador de conductas incluso llegaron a decir que controlaba la empresa de una manera absolutamente temeraria e irrespetuosa, no obstante, esto ellos se contradecían en el sentido de manifestar que ellos le decían a él Úrsula una evidencia eso y pues gracias a eso es que en plena audiencia cuando mencionó el hecho de Úrsula el representante legal de la empresa estalló de risa como por una actitud triunfalista e irrespetuosa dentro del proceso qué pues aun teniendo la calidad de abogado es supremamente grave para alguien que es profesional del derecho tomar una actitud respetuosa frente al caso de la señora Lafourie y ella manifiesta que hay una situación que él incluso tiene una situación de enfoque de género donde despiden un trabajador pero no se acredita dentro del proceso que se haya iniciado un proceso disciplinario alguno en contra el señor Gustavo Piña por los presuntos comportamientos, lo que nos lleva también a que el juzgado no valoró el hecho de la no comparecencia y la aplicación de los efectos frente a los hechos frente a su ZhuYu, Li Ying y Bao Yun, el mismo juzgado decretó que por el hecho de no comparecer y actuar no tuvo en consideración estos efectos en contra por el contrario valora el hecho de la no comparecencia en detrimento de mi mandante, en ese orden se evidencia que se presenta una queja de acoso laboral y se presenta en ninguna parte la documental aportada dice cuáles son los requisitos de forma que tiene que tener eso y en el mencionado artículo 50 del reglamento interno de trabajo no se hace una precisión sobre esto sin embargo la empresa no le dio trámite y contrario a esto dice que la queja que él presenta afecta el ambiente laboral, pero a partir de esta afectación que está acreditada dentro del proceso y que la misma no tuvo valoración mi cliente renuncia, el 15 de febrero. Esto está acreditado por qué la Señora Li Ying no la acepta incluso dice una reunión donde todo salió como amigos pero lo que se evidencia de aquí en adelante es una serie de comportamientos de retaliación frente a la presentación de queja acoso laboral la cual según esto él menciona los artículos cuando uno mira los hechos de la demanda y lo que los mismos que está acreditado dentro del proceso el menciona a la señora García incumpliendo los siguientes artículos del reglamento interno de trabajo artículo 36 tal y dice en concordancia con lo anterior en cumplimiento de la ley 1010 la cual trata el acoso en su artículo 1.2 numeral 1 se habla del maltrato pone la queja expresamente mencionando el maltrato si uno está presionado y en algún momento se siente estresado por este tipo de situaciones no importa que uno sea el abogado magister, el profesor de la mejor Universidad del país, de alguna manera el juicio un trabajador acosado se puede afectar claro que sí en ese orden es que se hace incluso las conductas y las identifica la cual trata de la ley de acoso laboral en su artículo 1.2 numeral 1 artículo séptimo literales b, b, f y m esa valoración no le hizo juzgado; el juzgado debe haber valorado el documento y mirar que alcance tenía ese documento lo cual brilla por su ausencia en esta sentencia, adicional a lo anterior cuando miramos las situaciones de represalias se aporta el video y el video correspondiente y se manifestó y en ningún momento se desconoce que ese no fuera de trabajo del Doctor Gustavo Piña, en ningún momento fue tachado el documento y en tal sentido ahí aparecen Bao Yun saboteando el puesto de trabajo hay un

Solicitó la parte demandante, se revoque la sentencia de primera instancia, para pedir que se declare que se generaron las conductas de acoso laboral descritas en la demanda, sobre las que peticiona se apliquen las normas que regulan esa figura y se acceda a las condenas pretendidas.

registro fotográfico del disco duro y adicionalmente se demostró que el señor Gustavo Piña fue enviado a Ibagué sin un equipo de cómputo y nunca se le entregó ese equipo de cómputo se le aísla del puesto de trabajo y se le manda a otra ciudad cuando regresa se le termina el contrato de trabajo y en ese orden conforme a las declaraciones se contrata a un tercero externo para que haga las actividades que el mismo estaba realizando, entonces no se dice de la atribución que tiene toda empresa de designar un asesor externo porque no hay ningún problema, el problema es cuando se subroga la actividad de un trabajador de planta con un contratista ahí es donde empieza a ver entonces empieza a concretarse en las conductas denunciadas y este sentido la primera conducta si se puso en conocimiento del empleador es decir quién tenía la competencia para remitirlo o sea según está la valoración en el mismo Gustavo Piña que tenía que remitirlo enviarlo y tramitarlo él formaba parte del comité de convivencia y se lo presenta a otro miembro del comité de convivencia que aunque ella diga que no, sí pertenecía al comité de convivencia como queda en el testimonio de este señor cómo se llama ese señor Rodrigo que manifiesta como estaba conformada por igual de manera conveniente la empresa no aportó la conformación del comité cómo está constituido para el momento de los hechos en ese sentido vemos que presenta un sabotaje el puesto de trabajo, maltrato constante, aislamiento situaciones que llevan a esto y que están debidamente demostradas con los mismos testimonios que como digo fueron tachados porque son las mismas partes rindiendo versión sobre lo que ellos mismos hicieron y mi mandante tuvo que afrontar 160 preguntas en interrogatorio de parte hay aquí un tema desbalance en el equilibrio de carga y un problema en la tutela en la administración de Justicia frente a las garantías probatorias se presentó un rompimiento de equilibrio y en ese sentido todas las pruebas van encaminadas a atacar el comportamiento de mi mandante en cuanto a la activación del comité de convivencia eso no le corresponde a mi mandante en ese sentido la valoración tenía que hacerle el empleador y quién tenía que tomar las medidas de prevención fue el empleador cuál fue la medida de prevención: archive. Por qué?, porque afecta al ambiente laboral ni siquiera porque no había méritos porque el proceso no concluyó sino que archiva porque se afectan las relaciones laborales pero tomemos represalias en contra del trabajador que presentó la queja entonces está acreditando documento sí entonces no podemos decir que por el hecho de que él dice y se violó la red los artículos tales estableciendo completamente, eso no significa que tenga que acceder a un tipo de forma determinada y que con esto se acredite que no hay queja, la queja existió y también hubo conducta reiterativas por parte de estos trabajadores y el juzgado no valoró el hecho de que tuve una completa ausencia dentro del proceso para efectos de ser interrogados no se tomaron las medidas por parte de la empresa para que comparecieran al proceso y el juzgado efectivamente toman la sanción pero no la valoro al momento del fallo actuando y valorando medios de prueba para absolverlos cuando efectivamente habían unas conductas que fueron acolitadas por la misma empresa como el efecto de sabotear el puesto de trabajo el efecto tomar represalias y finalmente termina el contrato de trabajo luego de que se presentaron todas estas medidas violatorias de derecho, en tal sentido también está acreditada la unidad empresa dentro del proceso y tampoco se hizo una valoración de estos obviamente llamado el resultado del proceso en la prosperidad de esto adicional a lo anterior y en gracia de discusión digamos que como lo dice abiertamente juzgado no es necesario activar esto pero si se evidenciaron las conductas las conductas de sabotaje al puesto de trabajo llevaron a mi mandante a sufrir entorpecimiento laboral, persecución laboral y la inequidad laboral, cuando llegan y se hacen las afirmaciones sobre que no hay prueba de esto las pruebas están completamente acreditadas y es un video que se aportó con la demanda donde el puesto de trabajo de mi cliente llega y encuentra su puesto y él consigue el video porque venga a ver aquí que pasó y nadie le dio razón es más tanto así que no se acreditó que se hubiera tomado una medida por parte del empleador cuando le sabotearon el computador no hay un acta de entrega de un equipo de cómputo no hay un tema de investigación no acredita que se hubiera lo que sigue después de esto es el despido entonces está suficientemente demostrado tanto el maltrato laboral la persecución laboral el entorpecimiento laboral y la inequidad laboral y en este sentido el despido fue con causa con ocasión por la presentación de una queja que empieza más o menos unos dos meses antes unos 3 meses antes con la queja de mi mandante en ese orden de ideas el juzgado no valoró adecuadamente las pruebas que están durante en el expediente da un alcance a los testimonios manifestando que efectivamente mi cliente se aprovecha de la situación tomando esto lo que hace en general también una condena en costas supremamente alta la cual también apelo, y adicionalmente debería el tribunal revocar el fallo bajo el entendido de que debió tener en cuenta que él manifestó que tomó una foto y el hecho una foto donde las mismas señoras manifiestan esto pero cuando van y las preguntan cuándo va uno y pregunta sobre las conductas presuntas sobre la renuncia de Gustavo luego de que es víctima de este tipo de conductas ellas manifiestan que no pero luego cuando son interrogadas como testigos dicen que si renunció. Entonces en ese orden de ideas se evidencia incluso en la defensa con la misma manifestación del mismo representante legal de la empresa en el interrogatorio de parte que efectivamente fue trasladado pero no fue trasladado por causa o con ocasión del servicio porque no dio una respuesta satisfactoria en esto cuando se habla del traslado se evidencia que sólo se traslada a Gustavo Piña y dentro del proceso está acreditado que también había otra persona que se llama Ronald Veleño que no fue trasladado entonces en ese sentido el qué es aislado completamente es el señor Gustavo Piña y eso tampoco fue valorado por el despacho a pesar de que las mismas pruebas que aportan con la demandada se evidencia que hubo eso también hay una fotografía del sabotaje y del daño que el equipo de cómputo que era el trabajador en ningún momento se desvirtuó por parte de la empresa qué ese equipo de cómputo no correspondiera ni que ese puesto de trabajo fuera, por el contrario se evidenció que si hay un video donde está y él lo manifestó el mismo demandante en interrogatorios confesó que él había sido objeto del sabotaje en su puesto de trabajo un fin de semana y en el video más o menos minutos 7 creo empieza a verse el maltrato en este sentido con todo deberá revisarse la sentencia en la valoración probatoria deberá revisarse la sentencia en la valoración de las conductas de acoso y en la valoración de la terminación del contrato así como el concepto unidad empresa que está completamente acreditado dentro del proceso y finalmente frente a las costas que se fijaron de manera desproporcionada frente al demandado que fue saturado con una carga en la cual tuvo que defenderse incluso dentro del trámite procesal y así se podrá evidenciar dentro del trámite ante segunda instancia, con esto solicito del tribunal se revoque en su totalidad la sentencia apelada y en su lugar se profiera sentencia condenatoria en contra de la parte demandada con esto señor juez agradezco mucho la oportunidad de presentar el recurso y quedó atento al trámite del proceso en segunda instancia.

IV. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. –principio de congruencia-, la Sala estudiará si le asiste la razón a la parte demandante recurrente, en cuanto solicita se declaren las conductas de acoso laboral que aduce fueron desplegadas en su contra por su empleador y por compañeros de trabajo.

En cuanto a la aplicación de las previsiones establecidas en la norma que regula la figura del acoso laboral, se tiene que el artículo 1.º de la Ley 1010 de 2006, establece el objeto y ámbito de protección que dispone la norma al señalar:

*“La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas **en el contexto de una relación laboral privada o pública.**”*

A su vez el artículo 2º de la citada Ley se ocupó de definir el acoso laboral como:

*“toda conducta persistente y demostrable ejercida **sobre un empleado o trabajador por parte de un empleador, un jefe, un superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno**, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”.*

De acuerdo con lo anterior, es claro que el legislador mediante la citada disposición quiso erradicar del ámbito de las relaciones laborales toda forma de maltrato que vaya en contra de la dignidad humana de quienes ponen su fuerza laboral en beneficio de un empleador, determinando que tal acoso laboral puede darse en las diversas modalidades que señala la norma, como son:

Maltrato laboral. Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeña como empleado

o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

Persecución laboral: Toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

Discriminación laboral: Todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.

Entorpecimiento laboral: Toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.

Inequidad laboral: Asignación de funciones con menosprecio del trabajador.

Desprotección laboral: Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

La norma referida se ocupó en determinar quiénes puede ser los sujetos tanto activos o autores del acoso laboral como pasivos de esas conductas, así:

La persona natural que se desempeñe como gerente, jefe, director, supervisor o cualquier otra posición de dirección y mando en una empresa u organización en la cual haya relaciones laborales regidas por el Código Sustantivo del Trabajo;

La persona natural que se desempeñe como superior jerárquico o tenga la calidad de jefe de una dependencia estatal;

La persona natural que se desempeñe como trabajador o empleado.

Son sujetos pasivos o víctimas del acoso laboral:

Los trabajadores o empleados vinculados a una relación laboral de trabajo en el sector privado;

Los servidores públicos, tanto empleados públicos como trabajadores oficiales y servidores con régimen especial que se desempeñen en una dependencia pública;

Los jefes inmediatos cuando el acoso provenga de sus subalternos. Son sujetos partícipes del acoso laboral:

La persona natural que como empleador promueva, induzca o favorezca el acoso laboral;

La persona natural que omita cumplir los requerimientos o amonestaciones que se profieran por los Inspectores de Trabajo en los términos de la presente ley.

Igualmente determinó la Ley 1010 de 2006, en su artículo 7º, de manera puntual que se presumirá la existencia de acoso laboral, si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;

- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;
- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;
- e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;
- f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;
- g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;
- h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;
- i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;
- j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;
- k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;

l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;

m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;

n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

En los demás casos no enumerados, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral, y excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.

Acorde con lo anterior, procede la Sala a determinar la viabilidad de las pretensiones de la demanda o de los argumentos expuestos en las contestaciones, debe la Sala apreciar los medios de prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Absolvió interrogatorio de parte el representante legal de las sociedades demandadas, SEBASTIÁN CAMARGO ROJAS, quien dijo haberse desempeñado como Coordinador de Relaciones Laborales y con representación legal desde octubre de 2018, dijo no ser cierto que el 10 de febrero de 2016 el actor haya presentado queja por acoso laboral, que presentó una queja diligenciando el formato establecido por la compañía para el inicio de procesos disciplinarios. Hay una diferencia sustancial entre el proceso de acoso laboral y el proceso disciplinario, igualmente hay que anotar que el demandante siendo en su momento el Gerente de Relaciones Laborales, conocía la diferencia y la distinción entre estos dos tipos de

formatos y procesos; la queja de acoso laboral no se presentó ante el Comité de convivencia laboral tal como lo establece la norma; el señor era integrante del comité de convivencia, conocía ante quien se debía presentar la queja por acoso laboral y no lo hizo reiteró que diligenció un formato de un procedimiento disciplinario, y la Coordinación de Relaciones Laborales en cabeza del señor Piña, no la remitió; a la disciplinaria si se le dio el trámite, incluso se llamó a la persona que supuestamente incurrió en la conducta, quien sorprendida hizo énfasis de cómo fue que se obtuvo esa información porque hacía parte de una conversación privada, por un medio privado en la cual no estuvo involucrado el actor, por lo cual fue violado en este caso su derecho a la intimidad, puesto que ella nunca consintió publicar ni dar a conocer la información que fue allegada a recursos humanos.

Al ser interrogado sobre el cambio de lugar de trabajo del actor manifestó que se cambió de piso con una justificación valida, debido a que se acercaba el cierre de un proyecto importante de la Compañía y se requería que él trabajara de la mano con el Director de ese Proyecto, del cual no fue excluido el demandante; manifestó que el 26 de abril de 2016 el trabajador reportó como averiado el equipo de cómputo asignado a su puesto de trabajo, y negó en forma categórica que hubieran sido Bao Jun y Li Ying, quienes lo dañaron. Dijo no ser cierto que el actor hubiera sido trasladado a laborar a la ciudad de Ibagué, que debió viajar de manera excepcional para el cumplimiento de sus funciones en esa ciudad, pero su centro de trabajo siempre fue Bogotá.

En el interrogatorio de parte absuelto por INGRID PATRICIA GARCÍA, dijo desempeñarse como psicóloga de reclutamiento y selección, estuvo vinculada con la empresa hasta enero de 2017, dijo que en ningún momento fue citada a ningún comité de convivencia, que nunca tuvo conocimiento de ningún traslado que se le hubiera hecho al actor, que hubo un cambio de piso de varias personas para el Proyecto de Telefónica, quienes fueron movidas a distintos pisos para la ejecución y la terminación del proyecto, nos cruzábamos en diferentes momentos a lo largo del edificio pero no supe en qué piso estaba ubicado puntualmente él señor Piña, ni las demás personas

trasladadas a otros pisos, dijo saber que Lorena Torres y Mabel Roza de Recursos Humanos, también fueron dispuestas en otros pisos para la ejecución y la terminación del proyecto.

En el interrogatorio de parte que absolvió JORGE MOSQUERA, dijo tener Maestría en Dirección y Gerencia de Empresas y de profesión Ingeniero Electrónico, estuvo vinculado con la empresa demandada desde el año 2011 hasta diciembre de 2019, desempeñó el cargo de Director de Ejecución. Dijo conocer al demandante desde la entrevista de trabajo que se le hizo, cuando lo contrataron como Coordinador de Relaciones Laborales, se refirió a las funciones por él realizadas; dijo no tener conocimiento sobre las situaciones que se le interrogaron frente al actor y unas compañeras de la empresa, y no saber nada sobre el apodo respecto del que se le preguntó. Frente a la desvinculación del actor manifestó: *“Si, justo estábamos terminando un proyecto, el proyecto más importante de la empresa desafortunadamente tocó terminarlo y pues como ya no teníamos ese proyecto mucho personal iba a salir debido a pues no sé a diferentes problemas que me dijeron que él tenía en recursos humanos pues los jefes decidieron reducir personal y pues él quedó en esa reducción.”*, posteriormente se enteró de *“lo que me dijo el propio Gustavo es que no se la llevaba bien con su jefe su jefe china, pues al principio se la llevaba muy bien yo creo que él logró bastantes ascensos gracias a eso pero después la relación como que se dañó y estaban empezando a tener problemas.*

También se lo que él mismo Gustavo me dijo que le habían manipulado el computador, pero yo no pertenecía al departamento de IT, eso no tengo más conocimiento solamente él me comentó que su computador había sido manipulado. La verdad no tengo conocimiento de maltrato o de acoso a Gustavo...No tengo conocimiento del proceso disciplinario que se menciona por eso no podría decirlo sí hay algún alejamiento lo que puedo decir es que no hubo un proceso disciplinario, tampoco que el haya sido no veo que se haya alejado de las funciones a su cargo.”

Igualmente absolvió interrogatorio ANGELINA BOSSIO BOSA, al ser interrogada sobre su calidad de miembro del Comité de convivencia de la

empresa demandada, dijo: *“Yo no era miembro del comité de convivencia. Yo ni me acuerdo yo me acuerdo que una vez estuve en una reunión para un caso que se presentó con una persona en la empresa, pero no la verdad no recuerdo si yo era constituía parte o era miembro del comité yo estuve presente en una reunión una vez, pero no recuerdo si yo era como tal miembro del comité no la verdad no me acuerdo si figura dentro del listado de los miembros no lo recuerdo.”* al ser interrogada sobre queja de acoso laboral presentada por el actor manifestó: *“Bueno primero el señor Gustavo Piña no presentó una queja por acoso laboral, él puso un asunto disciplinario y segundo a mí no me citaron en esa queja era para Ingrid y Catalina unas personas que trabajaban en recursos humanos con respecto a una situación puntual de ellas pero no era pues no recuerdo que en el proceso disciplinario dijera que era por ambiente laboral.”* Con respecto a la situación presentada con el proyecto de telefónica y la exclusión del mismo aducida por el demandante sostuvo: *“No eso es falso y nadie fue excluido o incluido simplemente los ejecutivos los directivos de la empresa tomaron la decisión de generar un comité que se iba a encargar del cierre del proyecto y ellos determinaron quienes incluían y quiénes no, pero eso no fue a manera personal esto fue un tema completamente laboral.”*

A otras de las preguntas formuladas señaló: *“Pues a mí Gustavo me compartió unas fotos que él tenía que él recopiló después de acceder a las cámaras de las grabaciones de seguridad de la empresa y él me comentó eso más no me consta yo no estuve presente ni tampoco otras personas me dijeron que eso había pasado solamente lo sé por voz de Gustavo.”*

Al ser interrogada sobre el mal ambiente laboral que se aduce en la demanda fue objeto el actor, dijo que fue todo lo contrario por ser el señor Piña quien propiciaba ese mal ambiente y manifestó: *“De mí cuando yo entró a trabajar a la empresa y después de que después cuando contratamos a Ingrid le decía a Ingrid y a Diana Catalina que yo era una estúpida que yo era una bruta que yo no sabía nada que le iba a ser que me echaran para que las pudieran para que lo pudieran atender a él y las pudieran ascender a ellas.... él siempre se refería de manera grosera a nosotros y cuando él entraba la oficina*

constantemente entraba diciendo groserías y malas palabras refiriéndose a mujeres y pues da la casualidad que éramos nosotras las que estábamos ahí entonces pues entendíamos el indirectazo como para nosotras. Realmente fue difícil porque él así como le hablaba mal a las personas que me reportaban a mí, él hablaba mal a Li Ying que era mi jefe entonces pues ella era la persona a la que yo podía acudir y lamentablemente esa persona estaba en mi contra por las cosas que le decía Gustavo de mí, que mi que trabajo era malo, que yo no hacía nada, que le reportaba mis horas de llegada y mis horas de salida, mis idas al baño, mis idas a almorzar, absolutamente todo entonces ella estaba en contra mía y por esa razón yo no le podía escalar el tema....con Ingrid me acuerdo una vez que ella necesitaba ella iba a contratar un personal de otra nacionalidad y averiguó por su cuenta cuáles eran los papeles los documentos son los requisitos que se necesitan para poder contar esas personas que y eso iba en contra de la opinión o la recomendación de Gustavo como abogado laboral, situación le molestó al bastante y por esa razón de nos dijo que no los iba a volver a ayudar más y que nos iba a volver a dar ninguna recomendación laboral porque nosotros pues no le hacíamos caso a él por así decirlo y pues llegó a tal punto que me tocó y ella le hablaba y él la ignoraba, entonces me tocó a mí decirle oye por favor ese es un tema de trabajo que necesitamos solucionar y por favor responde, entonces ahí en las accedió a responder pero pues eso es un caso puntual que recuerdo de trabajo que se presentó y pues en general ya llegamos a manera personal al comienzo la relación era buena pero la relación se fue deteriorando mucho estábamos todos en la misma oficina él les ordenaba a las personas que trabajan en el equipo de él que no nos podían hablar a nosotros que no podían interactuar con nosotros si alguno de ellos se acercaba él los llamaba les alzaba la voz y lo llamaba para que no nos hablaran y ya al final pues ya era hasta el punto del llanto que me tocaba a mí estar pues consolarla ella y a Catalina también porque el estrés era muy alto de tener que lidiar con esa situación.... Pues la verdad que pueda hablar de algún ejemplo más allá del mío pues fue muy duro lo que yo tuve que vivir por el tener que estar constantemente reforzando mi imagen y mi frente a mi equipo de trabajo frente a mis compañeros mi autoestima pisoteada completamente por una persona que no me conocía y que no trabajaba conmigo simplemente porque tenía esa percepción finalizando

pues cuando ya la situación estaba muy dañada Li ying nos llamó a todos cómo una reunión para que habláramos para que conversáramos en la que todo el mundo expuso sus temores y sus diferencias pues hasta cierto punto y después de hacer reunión Gustavo me pidió disculpas yo lo sentí muy sincero y yo acepté esas disculpas y pues por eso digo que al final de antes de que él saliera la empresa nuestra relación era normal y por eso él me mostró esas fotos y por eso me compartió esa situación y pues pero ahora o bueno después me demandó entonces pues para mí ha sido muy duro.”

Se recepcionó interrogatorio de parte al demandante, en el que efectuó las siguientes manifestaciones:

Dijo ser abogado especialista en derecho laboral y de la seguridad social, al ser interrogado sobre su creación del Formato proceso disciplinario código CHFT22, dijo haberlo hecho de manera concreta para casos disciplinarios, sostuvo que fue miembro del comité de convivencia y debido a la calidad que tenía dentro de la empresa *“por mi cargo y mi posición no sabía de manera ética como presentar la queja, por eso simplemente reporté por medio de un formato de proceso disciplinario lo que sucedía y lo que pensé que estaba ocurriendo de manera irregular; Cuando fui miembro del comité era el presidente o secretario no recuerdo bien. Igual quiero aclarar, que a pesar de que yo tenía esa posición dentro del comité los casos de acoso laboral, se manejaban de acuerdo a como lo decidía el señor Zhu Yu o la señora Li Ying, como se dio en diferentes situaciones, que ellos decidían si se daba trámite a las quejas o como debían solucionarse”*. Al ser interrogado sobre la existencia de abogados asesores externos en la Empresa dijo que el abogado que lo interrogaba fue un asesor externo en asuntos sindicales, durante un periodo corto de tiempo, después se enteró que había un asesor externo llamado René. Sostuvo que en vigencia de su relación laboral realizaba viajes a las ciudades de Pereira, Manizales, Ibagué, Cúcuta, para manejar casos y sobretodo quejas ante el Ministerio; manifestó que no obtuvo autorización de Angelina Bossio, ni Ingrid García para acceder al chat vía Skype, pero que los computadores estaban con fines laborales y que siempre se indicaba que por asuntos de seguridad la empresa tiene una competencia muy extraña de

espionaje con Huawei, se indicaba que los computadores deben ser bloqueados, *“Yo al ingresar al área de recursos humanos estaban los puestos de las señoras Diana Chávez, Ingrid García, vi los computadores desbloqueados, me iba a acercar a bloquearlos porque era en una hora de almuerzo, y ya se habían robado un computador de la vicepresidencia, cuando lo fui a bloquear vi la conversación y tome la fotografía procedí a bloquear el computador y me retire.”* “Al momento en que yo me encontraba trabajando y hasta mi terminación no se había reglamentado nada relacionado la ley de habeas Data ni se había hecho registro alguno ante la superintendencia sobre las políticas de seguridad de la empresa en el manejo de información de datos sensibles ni actualizaciones ni nada por el estilo.”; igualmente manifestó: *“Yo presente una renuncia motivada por los hechos que estaban sucediendo, la señora Li Yin, me pidió que no renunciara y que simplemente dejáramos todo así, de hecho ella rompió la carta delante de mí en la cafetería o en el casino de la empresa después de una reunión que tuvimos con todos los integrantes del departamento recursos humanos donde se quedó que todas las cosas iban a mejorar.*

En el TESTIMONIO que rindió INGRID GARCÍA, manifestó que conoció el demandante a partir del año 2014, en la empresa SITEL DE COLOMBIA, donde colaboramos juntos en recursos humanos también, en la empresa demandada éramos compañeros de trabajo dentro del área de recursos humanos, dijo que contacto con el actor era netamente para cualquier solicitud o pregunta que tuviera en términos de relaciones laborales, para las funciones que yo desempeñaba que era reclutamiento y selección de personal, o seguridad y salud en el trabajo; manifestó que el señor Piña y la señora Angelina Bossio eran pares en sus cargos, ambos reportaban a la Gerencia China de recursos humanos, sostuvo que conoció una solicitud del actor para diligencia de descargos en un proceso disciplinario *“mencionaba algo relacionado con la forma en la que me expresaba hacia él”, “sé que fue un pantallazo en las conversaciones privadas de skype, de mi línea de skype personal más no era un medio de la organización ni era ningún tipo de herramienta de trabajo...en ningún momento hice relación a su nombre, ni a su cargo, ni estaba haciendo relación hacia él.* Al ser interrogada respecto al

nombre “Ursula”, al que hizo referencia en esa conversación, manifestó: *“En ese momento estoy haciendo referencia simplemente a un nombre, en ningún momento al Señor Gustavo Piña ni al gerente de relaciones laborales; me estaba hablando Angelina Bossio acerca del señor Gustavo Piña y yo le respondí hablándole de Ursula, correcto, simplemente fue por poner cualquier nombre y cualquier cosa que se nos ocurrió, no era algo repetitivo ni era algo que llevara un tiempo”*.

Con respecto a su relación con el demandante sostuvo: *“previamente en la empresa SITEL DE COLOMBIA, teníamos digamos no una amistad, más nos llevábamos en muy buenos términos y buena relación. Y también, en el inicio de los meses de ZTE también teníamos una relación muy cordial, esa relación se rompe, digamos que después de dos hechos principalmente; el primero y el más determinante es que en mis labores de reclutamiento y selección de personal, seleccioné una persona de nacionalidad venezolana que tenía un permiso de trabajo Mercosur, el cual a partir de ese año el Gobierno dejó de expedirlo, más determinó que todas las personas que tuviesen vigente su visa Mercosur, podían trabajar hasta que esta se venciera. En el momento en que yo fui a consultarle a él para efectuar la contratación de la persona, me dijo que no lo iba a contratar porque era venezolano y tenía una visa Mercosur que ya no era vigente, entonces le hago la aclaración de que la visa ya no la expiden, pero está vigente, por lo tanto, deberíamos poder darle a la persona la opción de ser contratada. En ese momento él se molestó mucho y empezó a recriminarme que yo no era abogada, y que si yo sabía más de derecho que él, entonces que dejaba la decisión en mis manos, por supuesto yo le dije que no era mi interés vulnerar sus decisiones ni mucho menos, él me dice que si lo que quiero es contratar a la persona le entregue un documento a la Cancillería y al Ministerio de Relaciones Exteriores, donde esté constatado que la persona sí puede ser contratada, y al conseguir esos documentos él pone un email donde copia a todos los miembros del área de recursos humanos, y dice que a partir de ese momento Recursos Humanos no vuelve a contar con ningún concepto por parte del área de relaciones laborales ya que creemos que por tener google, sabemos más de derecho que él. Entonces en ese momento creo que fue donde se quebrantó la relación; hubo un suceso adicional que incidió un poco, y es*

que en el momento en el que trabaja yo en la empresa anterior, ZTE me hace una propuesta de trabajo pero era una propuesta confidencial, de la cual él no tenía conocimiento, él se entera porque mi empleadora lo llama a hacerle el reclamo, pensando que él es el que me está llevando a ZTE, entonces en ese momento él tiene una discusión con ella, me llama a mí y yo le digo que gracias a esa discusión mi empleadora actual me quiere hacer una mejor propuesta para que no me vaya, él en su afán digamos que de no dañar la negociación que ya había hecho ZTE conmigo y a la cual yo ya había dicho si pero que estaba por devolverme en mi decisión porque me iban a dar un mejor salario donde estaba, me promete que la organización me va a pagar el semestre, porque estaba yo cursando la universidad, que me van a pagar los semestres y eso nunca se dio, entonces eso también infirió un poco en que dejáramos de tener tanto contacto o una relación tan cordial.”

Manifestó que al demandante no le quitaron sus funciones en ningún momento, él siempre fue el Gerente de Relaciones Laborales, él viajaba a otras ciudades para realizar su labor, “*de hecho cuando yo recién llegué a la organización, sé que él viajaba mucho a Barranquilla, sé que para el proyecto de Telefónica viajaron a la ciudad de Ibagué si mal no recuerdo, más no tengo conocimiento a que otras ciudades viajaba.*” Dijo saber que “*a varias personas durante la ejecución de la finalización del contrato con Telefónica las enviaron a otros pisos para estar con ciertas personas en grupo, que estaban trabajando todo el cierre del proyecto y él fue una de las personas que se trasladó a otro piso para colaborar con otras personas.*”

Al ser interrogada frente al trato y la relación laboral del actor con los demás empleados de la Empresa, manifestó: “*una relación donde él era bastante grosero con nosotras, de hecho antes de que yo ingresara a la organización él me enviaba mensajes por Facebook, donde me decía que, no sé si puedo su señoría hablar explícitamente las palabras con las cuales se expresaba, donde se refería a la señora Angelina Bossio como una babosa, como una ignorante, que no sabía nada de su trabajo, donde me decía que quería hacer que la echaran y que quería hacer que le dieran ese cargo a Diana Catalina Chávez, ya una vez yo llegué a la organización digamos que inicialmente, pues conmigo*

nunca hubo ningún problema, a partir del momento que le mencionaba al señor juez, de la situación con la contratación de un venezolano empezó a ser muy grosero también, entraba a la oficina y no nos hablaba directamente a Angelina, a Catalina o a mí, pero si al ingresar a la oficina que era una oficina compartida con él y su equipo, se dirigía en términos bastante soeces, digamos entraba y decía estas “perras malparidas, estas perras hijueputas”, más nunca decía quien, entonces, pues digamos que si nos sentíamos un poco estresadas con esa situación diariamente pero pues procurábamos evadirlo y no ponerle atención. Esas expresiones las dijo en presencia de todos los de la oficina, Mabel Rozo, Lorena Torres, Angelina Bossio, Diana Catalina Chávez, Didier Alvarado, Ronald Beleño, Elsa no me acuerdo el apellido. Nunca se iniciaba ninguna acción, realmente al no estar dirigiéndose a ninguna puntualmente simplemente preferíamos hacer las que no oíamos y constantemente nos pasábamos a trabajar al auditorio o al piso sexto para simplemente evadir los comentarios... desde que yo llegué a la organización vi que Angelina Bossio constantemente lloraba por los insultos de él, por el cuestionamiento a su trabajo, ese es el conocimiento que tengo”... Sé que por voz de Didier Alvarado que era parte de su equipo, nos decía que constantemente se sentía amenazado, incluso en la fiesta de fin de año varias personas del equipo vimos que lo obligaba a tomar alcohol cuando él no quería y también sé de un inconveniente que hubo con el gerente chino financiero Mister Robin, ya que Gustavo Piña tenía una relación cercana con los miembros de su equipo, con una persona puntualmente que creo que se llamaba “Yili”, e iba a buscarla constantemente para salir a tomar café a Dunkin Donuts, sé que en algún momento Mister Robin dijo que por favor no retirara a la gente de su equipo en horario laboral sin su autorización, y hubo un altercado muy fuerte donde Gustavo Piña le iba a pegar... fue un caso muy sonado en la organización porque le Señor Gustavo Piña iba a golpear a Mister Robin que era el gerente financiero, y tuvo que intervenir Angelina Bossio entre los dos para que no se diera la situación y llevarlos aparte para dialogar”.

Informó que en la empresa no se tiene establecido corporativamente skype for business, las personas que utilizábamos Skype con cuentas personales para poder tener mayor comunicación,, al ser interrogada sobre la manera en que el actor tuvo acceso a una conversación que ella tuvo por ese medio,

manifestó: *“inicialmente lo que supe fue por una conversación de whatsapp donde el me empezó a escribir y me empezó a decir “ahora si te voy a joder, nos vamos a ver en la fiscalía, con que diciendo que soy Ursula, muy baboso infantil, ya te las vas a ver conmigo”, y me empieza a mandar un montón de artículos y decretos por whatsapp, amenazantes, ya después de eso me hago conocedora de la situación oficialmente por una citación a descargos disciplinarios que me hace llegar Ronald Beleño”.*

Frente a las funciones del demandante dijo que correspondían a todo lo relacionado con los conceptos jurídicos, la revisión de los contratos, todo lo que usualmente está relacionado con la parte de derecho laboral, era el encargado de todos los formatos de la parte jurídica.

En la declaración dada por LIDIA CRISTINA LAFAURIE NARANJO, manifestó que conoció al actor cuando ingresó a laborar en la empresa, inicialmente como Coordinador y después ascendió a Gerente de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, señaló: *“Mi relación con él durante todo el transcurso siempre fue buena o sea nosotros no tuvimos inconveniente; él trabajaba como abogado laboralista entonces pues sus funciones principales eran asesorar la empresa sobre lo relacionado con la parte laboral, era el abogado laboralista entonces era el que decía que debía y que no debía hacerse en la parte laboral; al principio las relaciones eran buenas, después él quería tener el poder en el Departamento entonces empezó como esa competencia de quién era el jefe, él era muy tratando de imponer como el poder ahí en ese Departamento; él era una persona bastante conflictiva y tenía problemas, era demasiado conflictivo y ponía problema por cualquier cosa; él trató de sacar y sacó en efecto a varias personas de la empresa el generaba mal ambiente y era grosero en la empresa por ejemplo en el caso de Milton género mal ambiente en el Departamento de Recursos Humanos porque Milton era una persona homosexual y Gustavo Piña le hacía bullying por eso, hasta que logró sacarlo; en el caso de Ángela que era la anterior persona que estaba, él también la sacó; yo quiero hacer una aclaración antes, es que yo estoy dando este testimonio pero pongo de presente que si me llega a pasar algo lo culpo a él;*

pues es que mucha gente le tiene miedo en la empresa porque el amenazaba a muchas personas en la empresa, inclusive Gustavo tuvo bastantes inconvenientes y se metió en la vida personal de varios y Ronald le tenía bastante miedo porque decía que era capaz de hacer cualquier cosa; adicionalmente a Diana Carranza por ejemplo la insulto le envió el mail también insultando. Lo siento Gustavo, pero vine a decir la verdad. Yo le voy a resumir simplemente yo no tuve problemas con él no tengo inconvenientes con él, pero vine acá a dar mi testimonio.” Frente al manejo de la información en los computadores manifestó: *“La empresa tiene políticas por ejemplo la de confidencialidad la cual todos los empleados deben firmar y Gustavo era la persona que se encargaba de la información confidencial de recursos humanos entonces cada jefe departamento se encarga de que la información sea realmente confidencial se firma un documento en el que dice pues la confidencialidad de todo y que tenga usos que el manejo sea realmente de las personas necesarias que deben manejar la información y que sea algo corporativo.”*

Reiteró en otra de sus respuestas que. “el señor Piña tuvo altercados con muchas personas y de hecho pues él se burlaba de muchas personas y era más victimario que víctima, nosotros almorzamos con Iván no me sé el apellido pero él era el asistente de Elsa Mesa y trabaja para HCQ y durante los almuerzos él le hacía bullying porque era una persona homosexual el grupo que no quería realmente que era el grupo de Lina, de Diana Carranza, de Milton y empezó pues a sacar uno a uno a Diana Carranza no la puedo sacar porque estaba embarazada a Ángela también la sacó no me acuerdo el apellido pero era la asistente de él, a Lina también la sacó y a Alex Sanabria; me dijo cuando yo estaba ahí que él estaba buscando como sacarla entonces el trataba de sacar gente, él metía y sacaba gente como quisiera ya que tenía todo el poder y cualquier persona que él quisiera sacar terminaba afuera inclusive una vez me dijo que no me fuera a meter ahí.”

En la declaración dada por RODRIGO CORREA MATEUS, manifestó ser empleado de la Empresa demandada desde el 3 de octubre del 2012 y actualmente se desempeña como Gerente de Proyectos, dijo haber conocido

al actor en la empresa en el año 2016, cuando él ingresó a laborar, se refirió a las funciones por éste realizadas; al ser interrogado sobre su conocimiento sobre el objeto del litigio sostuvo que le comentaron que se debió a unos correos que se cruzaron dos empleadas de la empresa, en los que se referían al demandante con el apodo de “Ursula”, y dijo no tener más conocimiento al respecto. Al ser interrogado sobre la conducta laboral del actor manifestó que conoció una situación entre el actor y otro empleado cuando por conversaciones de Skype, *“le estaba escribiendo, pues no puedo precisar si era la novia o la amiga de alguien de financiera no me acuerdo cómo se llama y la única manera por la que él se comunicó fue por vía Skype y esta persona por vía Skype también le respondió y ya después de haber salido le mando unas amenazas como diciéndole, oiga no se meta con está pelada que vea que no se busque problemas, es más lo amenazó que le iba a contar hasta a la esposa.”*

Visto lo anterior, se debe señalar que el legislador previó todas las situaciones descritas en la Ley 1010 de 2006, para determinar el marco de protección de la referida Ley de Acoso Laboral, la cual tuvo su origen en las diferentes discusiones y recomendaciones dadas por la Organización Internacional del Trabajo con fundamento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por ello no puede tenerse como conducta enmarcada en la figura del acoso laboral cualquier acto aislado o esporádico que se pueda presentar en el curso del vínculo laboral, pues la norma señala que la conducta debe ser persistente, esto es reiterada en el tiempo y que sea demostrable por quien la denuncia, según el conocido postulado de la carga de la prueba que impone a la parte que enuncia el hecho probar la veracidad del mismo para lograr la aplicación de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido con la acción ejercida.

No obstante, a pesar de que la norma sanciona, en principio comportamientos reiterados en el tiempo, el artículo 7° de la citada ley determina que un solo acto hostil puede ser constitutivo de acoso laboral cuando sus características tienen la capacidad de vulnerar la dignidad del trabajador.

En este caso, frente a las pruebas recaudadas, en el interrogatorio de parte absuelto por el actor y concretamente en lo que se relaciona con la situación que se denuncia como acoso inicial del laboral, se tiene que éste reiteró lo manifestado en los hechos de la demanda en cuanto a la situación narrada.

En las declaraciones recaudadas en el curso del debate probatorio se pudo determinar que los absolventes en calidad de demandados y los declarantes fueron responsivos y unánimes respecto de las situaciones en que se dieron los hechos que rodearon la relación laboral del actor, sin que ninguno de ellos manifestara haber visto, ni escuchado que de parte de los superiores jerárquicos del demandante, ni de los demás empleados que denunció se hubiera desplegado una conducta agresiva, de maltrato, ni ofensiva hacia él; tampoco se estableció por ninguno de los testigos que en el ejercicio de su labor el actor hubiera sido sometido a actos de arbitrariedad reiterados que tuvieran el propósito de infundirle miedo o angustia, ni que su labor hubiera sido descalificada en público o sometido al cumplimiento de órdenes desproporcionadas, ni irregulares o ajenas a las funciones propias de su cargo dentro de la empresa.

En consideración a los diferentes medios de prueba recaudados en la actuación, así como las declaraciones vertidas por los deponentes, quienes no dieron cuenta de un trato descomedido o ultrajante hacia el demandante, ni tampoco de persecución laboral, no se puede determinar que existieron conductas desplegadas por los superiores inmediatos o por los demás funcionarios y empleados de la sociedad empleadora, que puedan catalogarse como constitutivas de acoso laboral, pues no se advierte que las situaciones puntuales que se presentaron hayan contenido expresiones injuriosas o denigrantes para el actor, ni tampoco que se le hubiera demeritado en público su labor o lo hubieran agraviado frente a subalternos, ni compañeros de trabajo.

Por tanto, situaciones como las narradas no pueden considerarse en momento alguno como constitutivas de acoso laboral, pues no se advierte que tengan un impacto directo en la dignidad humana del demandante, pues

en tales procederes no se determina la configuración de actitudes tendientes a infligir miedo, terror, angustia o intimidación; ni situaciones encaminadas a lesionar su patrimonio moral o su dignidad.

Tampoco constituye acoso laboral el que un empleador disponga que la labor se realice en una ciudad o lugar diferente al inicialmente contrato, más aún cuando era una práctica realizada desde el inicio del contrato de trabajo y aceptada por el actor.

Todas las situaciones descritas frente al actor, se enmarcan en la figura de la subordinación, como elemento característico, distintivo, determinante y diferenciador de una relación laboral, que no es ni puede ser absoluta, y debe ajustarse a ciertas reglas constitucionales, de manera tal que no se afecte la dignidad del trabajador que está sometido y obligado a ello.

Se debe recordar que el literal B del artículo 23 del código sustantivo del trabajo dice sobre la subordinación que es:

“La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.”

En las circunstancias anotadas, es evidente que los referidos poderes no son absolutos y tienen como límites: i) la Constitución; ii) los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos; iii) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales *“no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*.

De acuerdo con lo anterior es importante precisar que en la facultad de subordinación desplegada por la parte demandada frente al actor, se reitera

que no se apreciaron situaciones que afectaran sus derechos fundamentales como trabajador, y en consecuencia, tal subordinación aparece razonable según las necesidades de la empresa y de la actividad desarrollada por el demandante mientras fue trabajador de la misma, de manera que no se ve menoscabo en los derechos mínimos que le asistían durante su vinculación, tanto desde el punto de vista de subordinado como de ser humano.

Tampoco encuentra la Sala que se haya dado por parte de la empresa empleadora una imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales del actor, ni exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada, pues los requerimientos que se le hicieron tuvieron un objetivo referente a la necesidad de la empresa relacionada con su objeto social. En igual sentido no se demuestra la exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, ni cambios sorpresivos del turno laboral, ni haber sido obligado a laborar en dominicales y días festivos.

De acuerdo con lo anterior se debe considerar que el artículo 8° de la Ley 1010 de 2006 determina que no constituye acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades: Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina, los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos; la formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional; la formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento; la solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución; las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo. La exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los,

los artículos 55 a 57 del Código Sustantivo de Trabajo, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículos 59 y 60 del mismo Código. Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo.

Ahora bien aunque se ha señalado que no se configuran en este caso situaciones de acoso laboral de que hubiera sido objeto el demandante, es preciso señalar que de haberse presentado las mismas la ley que rige este asunto señala como ATENUANTE el que exista manifiesta o velada provocación o desafío por parte de la persona que se considera acosada frente a sus superiores, situación que si se estableció en el juicio, pues no se puede dejar de lado que como se demostró fue el demandante quien mantuvo una conducta de irrespeto y menoscabo frente a sus compañeras de trabajo, así como frente a subalternos.

Sobre esta causal de atenuación se ha dicho que por las condiciones especiales en que se desarrolla la actividad laboral, no es posible que en una empresa, entidad o institución sus trabajadores o servidores mantengan una actitud desafiante frente a sus superiores, ni de mal trato hacía sus iguales o subordinados, pues esto implicaría que no existiera al interior de las mismas el principio de autoridad con lo cual se daría lugar al desgredo en la actividad, al permitir que cada quien haga lo que bien le parezca y que al ser interrogado o aún amonestado el trabajador por las falencias que en ejercicio de sus funciones advierta el superior, se inviertan las cosas y sea el subordinado al que increpe a quien tiene el poder subordinante y la potestad disciplinaria.

Tampoco puede desconocer la Sala que se demostró en el juicio que el actor no hizo uso de las herramientas legales con que contaba para denunciar la aducida conducta de acoso laboral, lo que implica ausencia de responsabilidad objetiva de la parte empleadora.

Bajo las premisas antes manifestadas por la Sala, se tiene que los hechos que se pretendieron invocar como constitutivos de acoso laboral por parte del actor no comportan la gravedad que exige la norma que regula tal figura para que tengan el alcance perseguido con la demanda por lo cual no resultan procedentes las sanciones que se solicitaron imponer en el libelo y por tanto deviene la absolución de todas y cada una de las pretensiones, como lo dispuso el A quo.

No sobra advertir que en este caso no puede tener injerencia la decisión judicial en lo relacionado con la terminación del contrato de trabajo del demandante a fin de determinar si hubo justa causa o no, pues ese no es el objeto del litigio que se define mediante la acción de acoso laboral por existir otros medios de defensa judicial que puede utilizar el actor para tal situación.

Así mismo se debe señalar que en el evento que el trabajador se encuentre desvinculado de la empresa, la acción solamente procederá bajo el presupuesto que su retiro del servicio se haya dado por renuncia o abandono del trabajo más no en caso que haya sido despedido por parte de su empleador.

Ello es apenas obvio, como quiera que el propósito del legislador fue el de crear un procedimiento preventivo que cesara las conductas constitutivas de acoso desplegadas por el empleador y además, permitiera restablecer el principio constitucional de estabilidad laboral, tanto así que, precisamente el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, en su numeral 1° extiende en el tiempo la protección al trabajador acosado previendo que dentro de los 6 meses siguientes a la formulación de la petición respectiva ante la autoridad competente, el despido carecerá de todo efecto siempre y cuando en el trámite de la instancia se hayan encontrado probados los hechos constitutivos del acoso.

Conforme a este análisis, se concluye que ante el despido de quien presta el servicio, la acción de acoso laboral pierde su finalidad toda vez que el Juez es desligado de la facultad de restablecer la estabilidad laboral a que tiene derecho el trabajador ya que, simplemente la norma no previó ningún mecanismo que permitiese declarar la ineficacia de la desvinculación para restituir al trabajador a las condiciones anteriores a su desvinculación como podría serlo en determinado caso a través de un reintegro.

Se concluye de lo anterior, que en casos como el que se define en este litigio la solicitud ante el Juez del Trabajo debe dirigirse a obtener la declaratoria de un despido sin justa causa y la consecuente reparación al trabajador de los perjuicios ocasionados por aquel despido infundado producto de las presuntas conductas de acoso y, la cual debe tramitarse bajo el procedimiento ordinario y con la pretensión inherente a la indemnización legal que pueda devenir de encontrarse demostradas las conductas de acoso laboral.

En tal sentido al haberse pretendido en la demanda la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo del actor y su consecuente reintegro, es evidente que las pretensiones referidas en el párrafo anterior, no pueden salir adelante, pues se reitera no es este el escenario procesalmente previsto para ese fin.

Por las razones expuestas, la sentencia recurrida será confirmada.

SIN COSTAS en el recurso.

.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

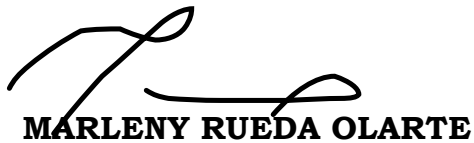
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de septiembre de 2019, conforme se expuso en las motivaciones.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ADRIANA DEL CARMEN ESCOBAR ALBA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL SKANDIA S.A.

RADICADO: 11001 3105 035 2019 00412 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de junio de 2020.

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

COLPENSIONES solicitó *“de entrada se confirme la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá del pasado 11 de junio de 2020, de conformidad al recurso de apelación presentado en esa oportunidad”*

A su vez PORVENIR S.A., sostuvo que en el presente caso no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ya que dicho traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que Porvenir S.A., no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el 1 de agosto de 1994, por la demandante estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, vulnerando de esta manera el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 1 de agosto de 1994, en razón a que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna respecto de las condiciones en uno y otro régimen y en especial sobre la situación concreta de la afiliada. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 12 de marzo de 1964, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de los Seguros Sociales desde el 30 de abril de 1989 hasta el 1 de agosto de 1994, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión, situación que igualmente se presentó cuando se cambió a los siguientes Fondos de pensiones:

- Protección S.A., el día 21 de junio de 1996.
- Porvenir S.A., el día 1 de junio de 1999.
- Protección S.A., el día 1 de septiembre de 2001.

- OLD MUTUAL el día 1 de mayo de 2002.
- Porvenir S.A., el día 1 de diciembre de 2002.
- OLD MUTUAL, el día 1 de agosto de 2008.
- Protección S.A., el día 1 de octubre de 2010.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6, 25 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, los artículos 11, 13, 21, 31, 36, 50, 114, 141, 142, 271, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 720 y 692 de 1994; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 17595 de 2017, 4964 de 2018, 4989 de 2018, 361 de 2019, 1452 de 2019, 1421 de 2019 y 1688 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 124 a 130, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que no se probaron los respectivos vicios del consentimiento como lo son el error, fuerza o dolo y/o si se encuentra cobijada por el régimen de transición. Propuso las excepciones de la inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., allegó el escrito de contestación que milita a folios 139 a 156, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que no es posible declarar la nulidad al traslado de régimen, ya que la afiliación de la señora Adriana del Carmen Escobar Alba a la entidad se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole a la demandante toda la información para que la misma tomara la decisión consiente de afiliarse. Propuso las excepciones de ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de

asesoría e información, cobro de lo debido, prescripción, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda el día 6 de noviembre de 2019, en el que negó la falta de información aducida por la afiliada demandante al manifestar que los promotores de ese Fondo le dieron a conocer todo lo relacionado con el sistema general de pensiones, así como las características de cada régimen. Propuso las excepciones de validez de afiliación a Colmena y Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., allegó el escrito visible a folios 241 a 260, en la cual señala que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación a Porvenir, ya que no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de la AFP para la fecha del traslado .Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de junio de de 2020, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO.-DECLARAR NULO el traslado efectuado por la señora ADRIANA DEL CARMEN ESCOBAR ALBA al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PROTECCION S.A. a la que se encuentra afiliado actualmente a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES –todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos. SEGUNDO:CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, conforme al tiempo de que permaneció afiliado el actor en cada una de las AFP, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a volver a afiliar a la demandante ADRIANA DEL CARMEN ESCOBAR ALBA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese

efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PROTECCION S.A. CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADOTRA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Old Mutual S.A. QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia constituye un precedente judicial que debe ser aplicado en este caso, por medio del cual se ha invertido la carga de la prueba a los Fondos de pensiones debiendo demostrar que brindo la información veraz y eficiente haciendo un estudio intelectual comparando los pros y los contras sobre las implicaciones de trasladarse en su momento, por lo que en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para solicitar se revoque totalmente la sentencia en cuanto se hace una indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, argumentó que la afiliación a cualquiera de los regímenes requiere un acuerdo de voluntades que lo convierten en un contrato, advirtiendo que la demandante permaneció 20 años en el régimen de ahorro individual teniendo múltiples traslados que buscaban rentabilidad es por ello que no puede alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos en virtud de la poca rentabilidad su mesada pensional en este momento, sin que se pueda desconocer que la demandante conoce el sector financiero.

Resaltó, que no logró demostrar el perjuicio que se le estaba ocasionado pues no hay prueba alguna de la proyección de las mesadas pensionales en el régimen de prima media, por lo que aceptar dicho retorno se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera que menciona el artículo 48 de la Constitución Política.

A su vez el apoderado de PORVENIR S.A., pidió revocar la decisión proferida, ya que no se está frente a un afiliado lego por el contrario se está frente un afiliado que conoce las condiciones, características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que efectuó aportes voluntarios, además de ello resalta que la entidad si cumplió con su deber de información y en que no es posible concluir la existencia de un engaño a la demandante que se perpetuó en años y varios traslados horizontales dentro del mismo RAIS.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-](#)

[2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las

proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos allegados se encuentra lo siguiente:

- Formulario de afiliación a COLMENA, del 21 de junio de 1996, visible a folio 205.
- Formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A, del 1 de octubre de 2010, visible a folios 207 y 208.
- Formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A, del 1 de octubre de 2001, visible a folio 209.
- Formulario de afiliación a SKANDIA, del 2002, visible a folio 212.
- Formulario de afiliación a COLPATRIA, el 1 de junio de 1999, visible a folio 263.
- Formulario de afiliación a HORIZONTE, el día 17 octubre 2002, visible a 267.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que recibió en su lugar de trabajo por medio de una charla grupal y posteriormente un asesor se acercó a su oficina por medio de la cual se le informó que el Seguro Social iba a desaparecer y que por ello esa entidad no la podría pensionar y que en cambio en el fondo de pensiones tenía más seguridad, así como también le devolverían lo aportes efectuados, es por ello que suscribió el formato de afiliación; posteriormente realizó varios traslados en los años 1996,1999,2001,2002,2008,2010 manifestando que en dichos Fondos no le dieron ninguna información diferente a la que ya había recibido.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación de los diferentes fondos de pensiones ya mencionados, debido a los traslados horizontales realizados por la demandante, los mismos no resultan suficientes, esto de conformidad a los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

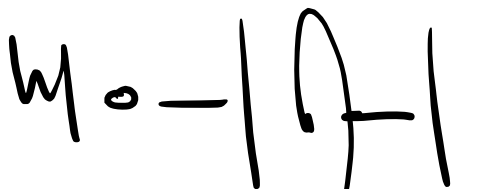
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA ENILDA ORTIZ ORTIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 036 2018 00248 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de septiembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes. Por la parte demandante se solicitó confirmar la sentencia con fundamento en que se pudo acreditar que la demandante no recibió una asesoría completa, real y veraz del fondo privado para que hubiera tomado una decisión que en realidad se pudiera considerar libre y voluntaria.

A su vez la demandada Colpensiones sostuvo que no se acreditó ningún vicio del consentimiento capaz de invalidar la decisión de la actora de trasladarse de régimen pensional, por lo cual no le son aplicables las

prerrogativas para declarar la ineficacia del traslado efectivamente realizado.

Por su parte PORVENIR S.A., sostuvo que no procede la ineficacia del traslado que dispuso el Juzgado, así mismo objetó la devolución de la comisión de administración, según los argumentos y normas que relacionó en su escrito.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 1º de junio de 1999, en razón a que no se le brindó información veraz, completa y oportuna respecto de las condiciones en uno y otro régimen y en especial sobre la situación concreta de la afiliada. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que desde el 20 de diciembre de 1977 se vinculó en pensiones al Instituto de Seguros Sociales en el cual permaneció hasta el 5 de mayo de 1999, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar esa decisión de manera informada.

Como fundamento normativo, citó la Ley 1151 de 2007, Ley 1328 de 2009, Decreto 656 de 1994, artículo 53 de la Constitución Nacional; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados SL 31989 y 31314 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 64 a 85, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la

demanda con fundamento en que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; igualmente manifestó que para la fecha en que solicitó su traslado de régimen ya se encontraba en la prohibición legal para ello, y aunado a ello no se acredita ninguna causal de nulidad que permita acceder a lo pretendido en la demanda. Propuso como excepciones relevantes las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada.

PORVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 117 a 128, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en la inexistencia de razones fácticas y jurídicas que conduzcan a la ineficacia del traslado que válidamente realizó la afiliada, decisión que adoptó al haber recibido la adecuada asesoría, sin que sea aplicable en este caso el precedente jurisprudencial. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO.DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora BLANCA ENILDA ORTIZ ORTIZ del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad que se hizo efectivo el 1° de junio de 1999 con la AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o por cualquier otra cosa.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. Líquidense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSULTESE con el Superior la presente sentencia en favor de COLPENSIONES conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha proferido múltiples sentencias al respecto las que se deben considerar como doctrina probable, y en consideración a que en este caso no se acreditó por el Fondo demandado el deber de información a que aluden esas decisiones, y teniendo en cuenta que para el momento del traslado de la actora tenía cotizadas más de 500 semanas en el Seguro Social se debe declarar la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES solicitó revocar la sentencia de primera instancia al manifestar que si bien existen fallos de la Corte Suprema que han definido los traslados solicitados en razón al incumplimiento del deber de información, se debe tener en cuenta que para el año 1999 en que la demandante realizó su traslado no existía como tal ese deber y por ello la firma del formulario de afiliación por la actora genera plena validez en esa decisión, sin que haya lugar a declarar su ineficacia con fundamento en que la afiliada para ese momento contaba con 664 semanas cotizadas, porque ese solo hecho no la posiciona en el plano de tener una expectativa legítima que le hubiera sido lesionada con el traslado, además de encontrarse inmersa en la prohibición legal para efectuar dicho traslado de régimen.

El apoderado de PORVENIR S.A., dijo interponer el recurso de apelación de manera parcial en relación con la condena a devolver los gastos previsionales y de administración, toda vez que si lo perseguido con la sentencia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, se debe tener en cuenta que por la gestión que realiza el Fondo es que se incrementan las cuentas de ahorro individual y por eso los valores por concepto de

rendimiento deben permanecer en el Fondo, además porque ya se han causado con la afiliación y se generaría con su devolución un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y que esa condena va en detrimento patrimonial del Fondo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso 11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

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

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de**

régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las

proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

Del documento visible a folio 129, se evidencia que la demandante suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 1° de junio de 1999.

En el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, manifestó que es de profesión Contadora Pública y fue visitada en su lugar de trabajo por un asesor comercial de Porvenir quien le informó que se podía pensionar de manera anticipada y con mejor pensión que en el Seguro Social, que también se le podrían devolver los aportes efectuados, sostuvo que le dijeron que esa entidad se iba a terminar y por esa razón se trasladó, pero sin recibir información concreta sobre la forma en que se pensionaría.

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

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HELAYNE DEL ROCÍO
CASTIBLANCO PALOMINO contra VIRREY SOLIS IPS S.A. y TALENTUM
C.T.A. EN LIQUIDACIÓN.**

RADICADO: 11001 3105 038 2016 00872 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó declarar la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada por el tiempo comprendido entre el 1º de octubre de 2011 y el 14 de febrero de 2014, durante el cual dice haber desempeñado el cargo de Médico General y Prevención con un salario mensual de \$2'724.390 y con ese fundamentó reclama cesantías e intereses, primas de servicios, vacaciones, e indemnización moratoria.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que fue vinculada por la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum para desempeñar el cargo de Médico en la IPS Virrey Solís S.A., respecto de la cual dice haber estado en subordinación durante la vigencia del contrato

por ser la que le asignaba la agenda para la atención de los pacientes y eran sus representantes quienes le negaban permisos y licencias de trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La IPS VIRREY SOLIS S.A., dio contestación por medio de apoderado judicial como consta en el escrito que obra a folios 123 a 142 en el cual negó la existencia del vínculo laboral y manifestó que la demandante estuvo vinculada como trabajadora asociada de la CTA TALENTUM, negó la existencia de subordinación alguna de la actora frente a esa entidad al haber realizado sus funciones bajo la coordinación de la referida Cooperativa para el desarrollo del objeto del contrato que se suscribió entre las dos entidades. Propuso las excepciones de Inexistencia del vínculo laboral, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación, pago, mala fe y temeridad de la demandante y la genérica.

Por auto del 2 de octubre de 2019 (fls. 171-172), el Juzgado aceptó el desistimiento de la demanda presentado por el apoderado de la actora respecto de la CTA TALENTUM.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 2 de octubre de 2020 en la cual resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la empresa VIRREY SOLIS IPS S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas formuladas en la demanda, por HELAYNE DEL ROCÍO CASTIBLANCO PALOMINO. Lo anterior, específicamente por las razones señaladas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas. TERCERO: TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de la accionada.

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

Las partes quedan legalmente notificadas en ESTRADOS.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. Y S.S., en grado jurisdiccional de consulta, la Sala estudiará si hay lugar a acoger las pretensiones de la demandante en cuanto a declarar la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada.

En el presente caso, se solicita en la demanda declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y con base en ello se reclaman las condenas ya relacionadas en esta sentencia, la sociedad demandada por medio de su apoderado, fundó su defensa en la inexistencia del vínculo laboral con la demandante; por ello para resolver lo pertinente, se debe considerar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

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

El artículo 24 subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2°, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo

prueba en contrario. Por ello, si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

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

Se advierte que con la demanda fue allegada como prueba documental, en fotocopia simple (fls. 18 a 64) los siguientes documentos:

- Certificación expedida por la CTA TALENTUM del 20 de agosto de 2014 en la que se indica que la actora estuvo vinculada mediante convenio de asociación vigente entre el 1° de octubre de 2011 y el 14 de febrero de 2014, para desarrollar la labor de Médico General, Promoción y Prevención en la IPS VIRREY SOLÍS S.A.
- Comunicación de fecha 13 de febrero de 2014, dirigida por el Gerente general de la CTA TALENTUM a la actora mediante la cual se da por terminado el referido convenio de asociación.
- Correos electrónicos cruzados entre la actora y personal de la IPS VIRREY SOLIS S.A., en relación con la actividad desarrollada.
- Solicitud de descanso para vacaciones dirigido por la demandante a la CTA TALENTUM.
- Solicitud de licencia no remunerada dirigida por la actora a la CTA TALENTUM.
- Comprobantes de pago de compensaciones expedidos por la CTA TALENTUM a la demandante.

Con la contestación de la demanda efectuada por el apoderado de la sociedad demandada se incorporaron los siguientes medios probatorios (fls. 143 a 170):

- Oferta mercantil de Prestación de Servicios para el manejo de procesos asistencial y administrativo dirigido a la sociedad demandada por la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum.
- Contrato de comodato celebrado entre la IPS VIRREY SOLÍS S.A. y la CTA TALENTUM.

- Acta de terminación por mutuo acuerdo del referido contrato de comodato.

En el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la IPS VIRREY SOLIS S.A., informó sobre la manera en que tuvo lugar la contratación con la CTA TALENTUM para el cumplimiento de los objetivos previstos en la IPS mediante la colaboración de personas asociadas a esa entidad cooperativa, por medio de una gestión realizada por personas de esa Cooperativa; así mismo manifestó que fue suscrito un contrato de comodato para la utilización de las instalaciones y equipos de la IPS demandada. Dijo no haber tenido injerencia alguna en el proceso de selección de esas personas, pues esa actividad la realizó la Cooperativa con profesionales idóneos para la respectiva actividad a realizar.

A su vez la demandante al contestar el interrogatorio de parte manifestó que se presentó a un proceso de selección como Médico en la CTA Talentum a la cual se vinculó como asociada al aceptar las condiciones de ese tipo de vinculación e hizo el curso de cooperativismo dictado por la CTA, dijo recibir órdenes de las Doctoras AMPARO ORJUELA e INGRID RAMIREZ, cumplía sus actividades mediante la agenda que le era asignada para la atención de pacientes; su remuneración la recibía de la entidad Cooperativa y el 14 de junio de 2014 terminó su vinculación con la referida CTA.

Se recibió la declaración de HENRY LADINO DIAZ, quien informó haber sido representante legal de la CTA TALENTUM desde el año 2007 y hasta la fecha en que estuvo vinculada la demandante como asociada, quien firmó el convenio asociativo el cual terminó debido a las reformas legales creadas para ese tipo de entidades al disponerse que las empresas del sector salud no podían contratar con las cooperativas de trabajo asociado servicios como el que existía con la IPS Virrey Solís S.A., por lo cual se produjo la terminación de los vínculos con los más de seis mil asociados que se tenían en el territorio nacional; se refirió a la forma de vinculación que existía en su momento en esas entidades cooperativas.

Visto lo anterior, ninguna de las pruebas reseñadas dan cuenta de la subordinación propia de un contrato de trabajo, pues solo permiten establecer la actividad realizada por la demandante, como Médico en calidad de trabajadora asociada de la CTA TALENTUM, sin que se advierta subordinación alguna frente a la sociedad demandada IPS VIRREY SOLIS S.A.

Ahora, frente a las fotocopias de los correos electrónicos, además de ser generales y no determinarse en ellos ninguna orden dirigida a la actora por parte de ninguno de los trabajadores o representante de la IPS demandada, pues más bien dan cuenta de las decisiones que de manera autónoma tomaba la demandante como Médico en la sociedad demandada; igualmente se debe indicar que la validez y eficacia de los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos están ligadas a que su autenticidad, integridad y cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales estén debidamente garantizados. Así mismo en aquellos eventos en que el mensaje de datos se encuentre desprovisto de una firma digital, se debe realizar la diligencia de reconocimiento regulada por el artículo 185 del C.G.P., habida cuenta que se trata de un documento que no ha sido suscrito ni manuscrito por su autor y carece de un signo de individualidad que permita imputar autoría y, por ende, ejercer el derecho de contradicción a la persona que la parte que lo aporta señala como su creador.

Acorde con lo mencionado, en el presente asunto nos encontramos ante un caso en el cual la demandante alega la existencia de un contrato de trabajo, por lo tanto, y si las normas citadas en esta sentencia describen una presunción legal, es necesario ejercer una adecuada crítica probatoria sobre los elementos de juicio que obran en el plenario que permita determinar si existe la suficiente fuerza de convicción para desarticular el hecho presumido.

En tal sentido, la parte actora no puede aspirar al reconocimiento de un contrato laboral, solamente con la presunción legal prevista en el art. 24

del C.S.T. subrogado por la Ley 50 de 1990, art. 2°, por cuanto la misma, puede ser desvirtuada con el acervo probatorio que legalmente se practica en el juicio ante el juez laboral, pero en todo caso, se debe partir de la existencia de un hecho probado, el del vínculo laboral, su remuneración o salario y sus extremos temporales, para que en esa medida, cobre vigencia la aplicación de las presunciones, sobre la base de ese hecho conocido.

En este sentido se ha manifestado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así:

“La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligado a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. Todavía más: si la presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza, así provenga ella del propio trabajador, el resultado desestimatorio será el mismo, pues una cosa es la ventaja probatoria que implica la presunción legal y otra muy distinta la definición de la litis por el mérito de las pruebas”. (Ver entre otras, CSJ, Cas. Laboral, sentencia abr. 9/65, Rev. D. del T. N° 244-46, pág. 163.)

Acorde con lo anterior, en este caso no encuentra la Sala prueba suficiente para llegar a la convicción sobre la real vinculación laboral entre las partes, pues al contrario de lo demostrado en el juicio, surge con meridiana claridad que la demandante realizó la actividad de Médico General como trabajadora asociada de la CTA Talentum, actividad que si bien realizó en las instalaciones de la IPS Virrey Solís S.A., en esa vinculación no se acredite en momento alguno la existencia de un contrato de trabajo. Sin que se pueda entrar a definir la forma en que se pudo realizar la actividad de asociada para la referida entidad cooperativa, con el propósito de establecer alguna obligación en su contra, pues además de no haber sido promovida la demanda en tal sentido, se debe tener en cuenta que el apoderado de la actora desistió de la demanda en contra de ese ente cooperativo, desistimiento que fue aceptado por el Juzgado, como se verificó en esta sentencia.

Al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron a lo largo del proceso, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad

procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto la demandante estuvo ligada con la parte demandada en virtud de un contrato de trabajo, lo cual de manera inexorable conduce a la absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, como lo determinó el a quo.

Por las razones expuestas, la sentencia consultada será confirmada.

COSTAS sin lugar a ellas en este grado de consulta.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de octubre de 2020, conforme se expuso en las motivaciones.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este Grado Jurisdiccional de Consulta.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR ELISEO RUEDA BOHORQUEZ contra DRUMMOND
LTD COLOMBIA.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 038 2018 00067 -01

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

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió el reconocimiento y pago de la reliquidación de todos los salarios devengados durante la vigencia de la relación laboral, así como de las cesantías e intereses, primas legales y extralegales, incluyendo las horas extras diurnas, nocturnas, así como los recargos causados; igualmente solicitó el pago de las diferencias de los aportes a pensiones y la sanción moratoria por la no consignación del valor real de cesantías.

Sustentó sus pretensiones en que se encuentra vinculado laboralmente con la sociedad demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 28 de junio de 2000 para desempeñar las funciones propias del oficio de Maquinista de Locomotora y por estipulación en la cláusula tercera del contrato se determinó que ese cargo es de dirección, confianza y manejo, sin que cuente con una gran responsabilidad dentro de la estructura administrativa de la empresa, ni posee poder de mando, ni jerarquía superior o facultad disciplinaria frente a los demás trabajadores, toda vez que sus funciones corresponden a las de realizar pruebas de locomotoras y de todo el tren, recibir instrucciones del Ayudante de Maquinista, recibir órdenes de los Supervisores de Despacho y de Patio. Informó que para el año 2017 el salario recibido correspondió a la suma de \$7'857.585, así mismo que tiene un horario de trabajo con turnos de 12

horas de 7 de la mañana a 7 de la noche durante 7 días, terminado el turno descansa 3 días para iniciar otro turno de 7 de la noche a 7 de la mañana y descansa 4 días para volver al turno anterior, pero en la realidad esos turnos son hasta de 24 horas por lo cual se generan horas extras diurnas y nocturnas, así como recargos por dominicales y festivos que no le han sido remunerados; manifestó haber elevado varios derechos de petición a su empleador para solicitar “*certificación año por año del salario devengado*”, a lo cual sostiene que se ha negado la parte demandada. Finalmente informó que le fue solicitado a la enjuiciada la supresión por ineficaz de la cláusula del contrato que estipuló la calidad de trabajador de confianza y manejo del cargo desempeñado por el actor y se radicaron reclamaciones ante las autoridades administrativas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada dio contestación mediante escrito que obra a folios 176 a 195, en el cual aceptó la existencia del vínculo laboral con el demandante y fundamentó su oposición a todas y cada una de las pretensiones en que el trabajador ocupa un cargo de dirección, confianza y manejo en calidad de Maquinista de Locomotora “*por lo que, no solo tiene personal a su cargo, sino total autonomía y discreción sobre la máquina que conduce en ejercicio de sus funciones. La actividad que realiza tiene una responsabilidad tan alta que de ella depende el resultado de la actividad empresarial, actividad que se concreta en dirigir, custodiar y responder no solo por el tren a su mando, sino también por el producto que transporta y los tiempos en que lo hace.*” Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción y compensación.

III DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 21 de julio de 2020 el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

“*PRIMERO: DECLARAR que entre ELISEO RUEDA BOHORQUEZ y la demandada DRUMMOND LTD COLOMBIA existe una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 28 de junio de 2020.*

“*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de las cláusulas 1ª y 3ª del contrato de trabajo por no acreditarse dentro del plenario que las funciones del actor*

como maquinista, puedan enmarcarse dentro del concepto de dirección, confianza y manejo.

TERCERO: ABSOLVER a la empresa demandada DRUMMOND LTD COLOMBIA de las restantes pretensiones incoadas en la demanda por el demandante ELISEO RUEDA BOHORQUEZ, específicamente las alusivas al reconocimiento de diferencias de carácter salarial por pago de recargos por trabajo nocturno, por trabajo suplementario o de horas extras y por trabajo en días de descanso obligatorio, dominicales y festivos. Lo anterior, específicamente por las razones consignadas en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO. EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las excepciones propuestas respecto a las determinaciones adoptadas y se considera relevado del estudio frente a la absolución que procede.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.”

Como fundamento de su decisión señaló que verificadas las funciones del demandante de acuerdo con las pruebas incorporadas al expediente, no se puede en ningún momento señalar que corresponden a las de un trabajador de confianza y manejo por no acreditarse en el juicio ninguno de los presupuestos para tal declaración; sostuvo que en tal sentido no se podía pactar en el contrato de trabajo la exclusión de la jornada máxima legal, pero al no encontrar probado el trabajo suplementario por parte del actor no fue posible acoger las pretensiones salariales y de reliquidación de prestaciones solicitadas por lo cual dispuso la absolución de esos pedimentos de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Recurrió la decisión el apoderado del actor para que se profiera la condena pretendida frente al pago de los recargos y tiempo suplementario reclamados, al manifestar: *“Interpongo recurso de apelación contra el numeral 3° de la sentencia proferida en el presente proceso, teniendo en cuenta dos aspectos: Que no fue posible allegar con la demanda el cálculo de horas extras y de recargos nocturnos y trabajo suplementario porque nunca Drummond ha suministrado esa información, no obstante pedirlo en derechos de petición anexos al expediente y cuyas respuestas también se encuentran anexas como prueba de que Drummond no indica en las planillas, ni reporta en las planillas el exceso de trabajo que ha tenido el demandante durante toda la vida laboral, en especial domingos, festivos y recargos nocturnos para poder haberse hecho esa liquidación y anexarla junto con la demanda; esa es la razón por la cual con la demanda no anexó*

tal documental, sin embargo en la primera audiencia se le solicitó a Drummond allegar si a bien lo tenía, la documental faltante y correspondiente a esos derechos de petición, y sin embargo hizo caso omiso y no anexó las planillas que se habían solicitado, que es el registro del trabajo suplementario del demandante; no obstante se realizó por parte del demandante la correspondiente liquidación de las horas extras entre el 1º de enero de 2015 y el 24 de febrero de 2019, la cual se encuentra detallada en la documental que se anexó día a día, horario a horario con los valores adeudados en los últimos 3 años laborados. Esa documental Drummond si la anexado en otros procesos, no obstante se negó a hacerlo en este caso; razón por la cual me aparto del numeral 3º de la sentencia y solicito al Tribunal se concedan las súplicas económicas, reservándome el derecho a ampliar estos alegatos en la respectiva audiencia.”

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Manifestó la apoderada de la parte demandada: *“Presento recurso de apelación parcial sobre la parte de la sentencia que declara que el demandante no es un empleado de dirección, confianza y manejo, y lo sustento en que claramente el Juzgado tuvo en cuenta el alto grado de instrucción que tiene el trabajador, pero no la inmensa responsabilidad que le asiste en el desempeño de su cargo; en el debate probatorio quedó absolutamente demostrado que la actividad del maquinista que no es solo el manejo de la locomotora sino la conducción que hace parte de la columna vertebral del giro ordinario del negocio que tiene énfasis en la labor, dejando de lado la verdadera autoridad que tiene el maquinista de locomotora de un tren de pasajeros, que no existe en nuestro país, pero si se compara con el mundo se advierte que no es lo mismo que un chofer de bus o conductor de transmilenio, como se puesto en este fallo que nos ocupa, y se obvia todo el aspecto de la subordinación y en lo que tiene que ver con el tema de la educación, este aspecto es irrelevante porque en este caso no toda la tripulación tiene la oportunidad de brindar tutoriales a los aprendices del Sena y a los que están ingresando a la empresa como maquinistas, sino únicamente los que tienen el grado especial, no solo de responsabilidad sino de nivel jerárquico en el resto de empleados de la Compañía. Tampoco se entiende la manifestación que el ayudante de maquinista no puede estar subordinado por el maquinista al señalar el juzgado que no puede ser y no*

ser frente al mismo aspecto, esto claramente denota que no se entendió lo que sucede en la práctica del manejo de la locomotora; se dijo que a veces no hay ayudante de maquinista por existir permisos o incapacidades y el que puede lo más puede lo menos para cumplir como ayudante de maquinista y por ese hecho que el maquinista funja de manera temporal como ayudante de maquinista de ninguna manera elimina su connotación de empleado de dirección, confianza y manejo porque la jerarquía que se mantiene del maquinista frente al resto de personal de la Compañía, sin que en los dos cargos haya cambiado el tema de la remuneración, pues se trata de un asunto netamente operativo bajo el principio de que el que puede lo más puede lo menos.”

CONSIDERACIONES

EXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL

No fue objeto de controversia entre las partes la existencia del vínculo laboral que las une, al ser aceptado desde la contestación los hechos narrados en la demanda, referentes a que el actor labora para la sociedad enjuiciada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de junio de 2000, en virtud del cual presta sus servicios como Maquinista de Locomotora, con un salario mensual de \$7'857.585.

CARGOS DE DIRECCIÓN, CONFIANZA Y MANEJO

Como argumento de la parte demandada para considerarse exonerada del pago de la labor en tiempo suplementario pretendido en la demanda, sostuvo que el cargo desempeñado por el trabajador fueron de confianza y manejo, situación que lo eximió de la jornada máxima legal y que no da lugar a lo pretendido.

Como es sabido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del C.S.T., los trabajadores de dirección, confianza y manejo se encuentran excluidos del cumplimiento de la jornada laboral ordinaria, precisamente en razón a sus especiales calidades que hacen que se requiera de sus servicios en cualquier momento de la jornada laboral o después de ella.

Al respecto la corte constitucional en Sentencia C-372/98, determinó:

“Los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad ajena a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes.”

Se debe tener en cuenta que las labores de dirección, confianza y manejo no se pueden determinar de manera automática y genérica, cuando el verdadero sentido es que tal regulación, en especial la del artículo 32 del C.S.T., va dirigida a aquellos trabajadores que ejercen una especial posición jerárquica dentro de la empresa con facultades, inclusive de representación legal del empleador y de aplicación de medidas disciplinarias; es por ello que los cargos de dirección, confianza y manejo tienen características fundamentales, como *“desarrollar funciones conceptivas orgánicas y coordinativas, cuyo fin es el de buscar el éxito empresarial en el desarrollo del objeto social, llevando además la representación del empleador”*; *“ocupan una posición jerárquica dentro de la empresa con facultades de disciplina, modo y contratación dentro de la delegación recibida”*; *“Los actos y omisiones ejercidos por estos directores obligan al empleador frente a los demás trabajadores”*; *“el desempeño de estos cargos se realiza dentro de un poder discrecional cuyos límites van hasta la escala jerárquica que ocupan”*; *“la gestión que realice sirve de enlace o empalme ante los diferentes sucesos y la organización central”*.

Visto lo anterior y de conformidad con las funciones realizadas por el demandante, bajo la denominación del cargo de Maquinista para el cual se encuentra vinculado laboralmente, así como realización eventual de las funciones de Ayudante de Maquinista, no es posible decir válidamente que corresponden a las de un trabajador de dirección, confianza y manejo, pues no se demostró en el juicio que hubiera tenido a su cargo personal subordinado, ni que su labor en la empresa haya correspondido al de un trabajador de esa naturaleza, toda vez que realizar actividades de

entrenamiento en las que el trabajador pueda compartir un conocimiento adquirido por razón de su antigüedad en la Compañía, en momento alguno lo posicionan como superior jerárquico con facultades de mando y manejo sobre aquellos trabajadores o aprendices del Sena a quienes haya brindado entrenamiento; tampoco se puede predicar tal calidad en el trabajador demandante por la responsabilidad de la labor que ejerce, pues es evidente que ésta la es exigible a toda actividad que un trabajador desarrolla más aún en las que se requiere cierta habilidad y pericia, sin que por ello el trabajador pase a tener la calidad de dirección, confianza y manejo; ya que respecto de los trabajadores que ostentan dicha calidad, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 24428, señaló:

“Para la Corte de las reseñadas funciones no es dable concluir que el cargo desempeñado por la trabajadora demandante reuniera con claridad las características que identifican a los cargos de dirección, confianza y manejo que exigen, honradez, rectitud y lealtad especiales, lo que indica que el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza, distinto al exigido a cualquier otro trabajador, en tanto aquellas labores comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa”.

Definido lo anterior, en cuanto hace a la reclamación por trabajo en horas extras, corresponde a un aspecto que la parte que las solicita está en la obligación no solo de señalar en la demanda, sino de probarlo en el juicio de conformidad con lo que al respecto prevén las normas laborales.

En efecto, la prueba de las horas extras debe ser precisa y clara, según jurisprudencia muy reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la demostración del trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, ya que no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas, pues así lo ha entendido la Alta Corporación al indicar que cuando el trabajador alega que laboró en tiempo adicional o suplementario, debe probar que efectivamente lo ha trabajado, porque debe presumirse que el empleador da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esas condiciones, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba

directa, cuya valoración debe llevar al juzgador a establecer de manera instantánea el hecho aducido, sin que se requiera de ningún tipo de raciocinio o inferencia para determinar el hecho, por ello, tal prueba es la requerida para situaciones como la que aquí se debate, porque generan la convicción de manera completa, sin que haya lugar a inferencias para la demostración del tiempo laborado en horas extras y esa prueba así presentada resulta automática y por tanto suficiente para generar la certeza judicial que permite acoger la pretensión. Quiere esto decir, que es la falta de inmediatez de tal información vertida en el proceso lo que no permite dar el alcance probatorio requerido para demostrar el trabajo realizado por el trabajador en tiempo suplementario.

Revisado el expediente, encuentra la Sala que en la demanda ni siquiera se relacionó la cantidad y calidad de horas extras aducidas como laboradas y no pagadas, pues solamente se menciona que “*semanalmente promedia hasta un total de 84 horas semanales*” (fl. 8), y con respecto a los derechos de petición que se argumenta en el recurso fueron dirigidos a la demanda para solicitar tal información, sostiene el recurrente que a otros trabajadores les fue certificado ese tiempo suplementario laborado y en el caso del actor no fue así, sin que se evidencie actividad alguna tendiente a insistir en esa respuesta, para lo cual bien pudo hacer uso aun del mecanismo constitucional de la acción de tutela para lograr, en caso de existir dicha información.

Así las cosas, resulta evidente que como lo acepta el recurrente, no fue incorporado al expediente el documento idóneo que se constituya como plena prueba que permita establecer que en efecto el trabajador laboró tales horas extras, y se reitera que no le es posible al fallador determinar un número probable de horas extras laboradas con base en cábalas o suposiciones al respecto.

Acorde con lo anterior, y al no acreditarse en los términos antes indicados, lo referente a la prueba directa requerida para la demostración de las horas extras reclamadas y sus consecuentes reliquidaciones, procede la absolución de esas pretensiones, y por sustracción de materia de la

indemnización por no consignación de cesantías en forma completa que dedujo el *a quo* en la sentencia recurrida, por lo cual se impartirá su confirmación.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por Edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LEONOR RIVERA OSPINA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 038 2019 00649 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos de conclusión presentados por la apoderada de COLPENSIONES en los cuales se refirió a los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 para acceder al derecho pensional reclamado, sin que en este caso se hubiera acreditado la veracidad de la información suministrada al momento de su solicitud, ni en el juicio, toda vez que no se acreditó el requisito de convivencia de la compañera permanente con el pensionado fallecido por lo menos en los cinco años anteriores al deceso por lo cual el Juzgado negó con razón las pretensiones de la demanda.

A su vez la apoderada de la demandante reiteró los argumentos del recurso de apelación y su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al sostener que la convivencia entre ella y el causante tuvo lugar entre el 13 de enero de 2013 y el 9 de mayo de 2018 fecha en que falleció *“pues esta sufrió un lapsus mental al momento de rendir interrogatorio, situación que no valoró*

el juez de primera instancia, teniendo en cuenta que por su ancianidad, la inexperiencia en la virtualidad, su estado mental y emocional, sufrió una confusión mental respecto a la fecha de inicio de su convivencia con el causante”.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero permanente Miguel Antonio Jiménez Robles, hecho ocurrido el 9 de mayo de 2018, junto con el retroactivo, el reajuste legal sobre las mesadas, los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones manifestó que el señor Miguel Antonio Jiménez Robles falleció el 9 de mayo de 2018, quien se encontraba devengando una pensión por vejez reconocida por el Seguro Social en 1988; sostuvo que para la fecha del deceso del pensionado convivía con la demandante como compañera permanente, unión que inició el 13 de enero de 2003, cuando se separó de su cónyuge Flor Ángela Avella de Jiménez con la cual el 29 de noviembre de 2007 celebró acuerdo conciliatorio para la liquidación de la sociedad conyugal ante el Juzgado Noveno de Familia del Circuito de Bogotá y posteriormente falleció; informó que en la unión marital que tuvo con el causante no procrearon hijos, pero siempre existió convivencia afectiva y ayuda mutua, por lo cual reclamó ante la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la que fue negada con el argumento de no acreditarse el requisito de convivencia por el tiempo establecido legalmente.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación mediante escrito incorporado a folios 46 a 52 del expediente en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que luego de la investigación administrativa que realizó la entidad se pudo establecer que la demandante no convivió con el pensionado fallecido durante el tiempo exigido legalmente, ni tampoco convivían para el momento en que se produjo el deceso porque eran los hijos que tuvo el causante en su matrimonio quienes se encargaban de su cuidado. Propuso

las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., con sentencia del 12 de noviembre de 2020, resolvió:

*“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoada por la señora LEONOR RIVERA OSPINA de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
SEGUNDO: DECLARARSE RELEVADO del estudio de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, dadas las resultas del juicio.
TERCERO. COSTAS a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.
CUARTO: CONSÚLTESE con el Superior la sentencia en caso de no ser recurrida por la parte demandante.”*

Como sustento de su decisión y luego de referirse a las pruebas recaudadas en el curso del debate probatorio, consideró el Juez que se presentaron inconsistencias al señalarse en la demanda que el tiempo de convivencia entre la actora y el causante fue desde el año 2003 y manifestar ella misma al absolver interrogatorio de parte que fue desde el año 2013; así mismo argumentó que los testigos citados tampoco fueron coherentes en referirse a la fecha de esa unión, al mencionar dos de ellos fechas diferentes y la otra testigo informar que solo tuvo conocimiento de esa unión a partir del año 2015 cuando comenzó a tratar a la demandante, por lo cual concluyó que al ser reclamado el derecho por la compañera permanente, debió demostrar la convivencia por un tiempo mínimo de 5 años y hasta la fecha del fallecimiento del pensionado, lo cual no ocurrió.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

La apoderada de la demandante recurrió la sentencia para lo cual manifestó: *“La génesis del proceso surge del derecho que le asiste a la demandante al haber convivido con el causante por más de cinco años compartiendo lecho y techo, así como la ayuda mutua, el respeto recíproco, como compañera permanente; de las pruebas traídas al juicio se desprende fehacientemente la convivencia de mi cliente con el causante requisito sine qua non para acceder al beneficio otorgado por la ley, que según la Constitución y la jurisprudencia de las Altas Cortes lo han reconocido; lo que en si hay que demostrar es acreditar una situación de vida en común de las dos personas dejando de lado*

los distintos requisitos formales que podrían imaginarse. Así las cosas no existe duda que la beneficiaria que represento tiene derecho a la institución pensional, toda vez que hay que mirar la situación real de vida entre la señora LEONOR RIVERA OSPINA y el causante MIGUEL JIMENEZ, dejando de lado los requisitos que generan discriminación a la luz de la Constitución, toda vez que se llenan los requisitos para ello y solicito a los magistrados se tengan por reunidos los requisitos para el derecho reclamado porque aquí se ha demostrado una comunidad de vida entre la demandante y el causante por la relación de mi cliente en la que ella lo ayudó mutuamente y la solidaridad como pareja de los dos que fue la base de la relación y permitieron que bajo un mismo techo se consolidara un hogar con la voluntad de crear una familia. Solicito al magistrado al desatar el recurso revocar la sentencia y reconocer la pensión de sobrevivientes a mi mandante a partir del 9 de mayo de 2018.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la Sala estudiará los aspectos que fueron expuestos por la apelante, para determinar si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, con ocasión del fallecimiento del pensionado Miguel Antonio Jiménez Robles.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia SL16322-2014, radicación No. 43184 del 26 de noviembre de 2014, al señalar que *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”*, y que por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto se encuentra acreditado que el Seguro Social le reconoció pensión de vejez al causante Miguel Antonio Jiménez Robles, mediante Resolución N° 3350 de 1988, así mismo que el deceso del referido pensionado se produjo el 9 de mayo de 2018. (fls. 17-18 y 36)

En consideración a la fecha del fallecimiento del pensionado, la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece:

“Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

Establecida la existencia del derecho pensional que dejó causado el pensionado fallecido, se debe determinar si la demandante en calidad de compañera permanente es su beneficiaria.

Ahora bien, los compañeros permanentes han sido poco a poco objeto de prerrogativas legislativas en las cuales se les ha equiparado su derecho a ser beneficiarios de la susodicha sustitución pensional cuando se presentaren los requisitos de ley evento en el cual pueden adquirir el derecho por excepción y no por regla; hechos estos que se demostrarán con los respectivos medios probatorios que la ley procesal consagra.

La normatividad citada regula este aspecto bien sea en el régimen de prima media con prestación definida, que consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, o en el de ahorro individual con solidaridad a que se refiere el artículo 74 de la misma norma, encontrándose el requisito de la convivencia común expresamente consagrado en cualquiera de los regímenes pensionales mencionados; siendo el vínculo familiar y la permanencia del mismo los aspectos relevantes a tener en cuenta para definir a quien le asiste el derecho

reclamado. Así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral H. Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades siendo procedente citar en lo pertinente uno de esos pronunciamientos, en lo pertinente:

“...El designio indeclinable de la seguridad social es procurar mejor calidad de vida para el hombre. Por ello su preocupación constante es proteger a las personas frente a las contingencias que la menoscaban, a fin de evitar que se coloquen en situación que no se compadezca con la dignidad de un ser humano, de conformidad con los parámetros que para el efecto establecen la Constitución Política y la ley.

A no dudar, esa filosofía - de un gran contenido social y humano- permea todas las instituciones de la seguridad social. Precisamente, con ocasión de la muerte de un afiliado o pensionado, el sistema de seguridad social consagra la pensión de sobrevivientes con el evidente propósito de amparar a las personas a quienes dicha contingencia afecta directamente, esto es, el núcleo familiar.

La Constitución Política de Colombia de 1991 dio un enfoque esencialmente distinto al concepto de familia, de suerte que merece la misma protección del Estado la procedente de un vínculo jurídico y la que ha tenido origen en lazos naturales.

Se sigue de esta nueva perspectiva constitucional que el Estado debe brindar amparo a la familia, con total prescindencia de si ésta tuvo su fuente en lazos jurídicos matrimoniales o en la decisión libre y responsable de un hombre y de una mujer de iniciar una convivencia, con vocación de estabilidad y duración, animados del propósito de conformar una unidad familiar, tal como la misma recurrente lo admite sin ambages.

Dentro de ese nuevo esquema constitucional de la familia, la efectiva y real vida de pareja -anclada en lazos de afecto y fraguada en el crisol de la solidaridad, de la colaboración y del apoyo mutuo- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado, se constituye en el criterio que ha de apreciarse cuando el juzgador se aplique a la tarea de definir la persona con vocación legítima para disfrutar de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la muerte de su consorte o compañero.”

En este caso se recaudaron las pruebas que obran en el plenario y que corresponden a las resoluciones expedidas por Colpensiones para el reconocimiento pensional al causante, así como las que profirió la entidad demandada para negar el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada por la demandante, se aportó la fotocopia de la providencia proferida por el Juzgado de Familia del Circuito de Bogotá mediante la cual se celebró acuerdo conciliatorio para la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre el causante y la señora FLOR ANGELA AVELLA DE JIMENEZ. (fl. 29)

Se recibió el interrogatorio de parte de la demandante, quien en sus generales de ley manifestó ser de profesión contadora pública; dijo haber convivido con el causante Miguel Antonio Jiménez Robles con quien no tuvo

hijos, sostuvo haberlo conocido en 1968 cuando ingresó a laborar en una empresa en la que él también trabajaba, luego se hicieron amigos y posteriormente fueron novios *“él me visitaba seguido y se vino a vivir acá y estuvo hasta el 27 de febrero de 2018 cuando se enfermó y lo tuve que llevar al Hospital Centenario y murió el 9 de mayo del mismo 18”* al ser interrogada por su conocimiento de la señora FLOR ANGELA AVELLA DE JIMENEZ dijo que era la esposa del señor Miguel hasta que se divorciaron; al ser interrogada sobre su tiempo de convivencia con el causante dijo: *“desde el 13 de enero más o menos aproximadamente del 2013 y hasta el 27 de febrero de 2018 cuando se agravó y se hospitalizó en el Centenario, yo un año y medio antes de eso me cambié de habitación para estar sola por su estado de salud”, “yo no me encontraba como beneficiaria de salud de él, yo aportaba por mi cuenta y él por su cuenta.”* Al serle reiterada la pregunta del tiempo de convivencia manifestó que era una fecha muy especial para ella y por eso la recordaba con precisión. El Juez le solicitó precisar la fecha en que formalizaron su relación, *“en 1968 nos conocimos, como a los cinco años nos ennoviamos y para esa fecha él estaba casado”,* el a quo le reiteró que precisara en qué fecha tomaron la decisión de ser compañeros permanentes, a lo cual respondió: *“yo no recuerdo eso exactamente, lo que si se es que el trajo su ropa y se vino acá, porque uno de los hijos me dijo que el papá estaba pasando muchas dificultades en la casa que allá nadie lo atendía, entonces a petición del hijo fue que él se vino, eso fue en enero de 2013”,* dijo ser pensionada de Colpensiones por sus aportes durante muchos años.

Se recibieron las declaraciones vertidas por los testigos citados por la parte actora, es así como declaró PEDRO ANTONIO ACEVEDO CHAPARRO, quien manifestó ser vecino del apartamento de la demandante, donde dijo haberla conocido en el año 2009 y al señor Miguel a quienes visitaba y les prestaba asistencia médica, dijo que ellos convivían como pareja desde los años 2011 o 2012, dijo no recordarlo con precisión, se refirió a la grave situación de salud que presentó el señor Miguel el 27 de febrero de 2018.

YEISON ALEXANDER FORERO CALVO, dijo conocer a la demandante hace más diez años, desde el año 2006 porque trabaja donde ella reside, dijo que siempre vivió con don Miguel en el apartamento y siempre vivieron juntos desde el año 2006, dijo haberlos visto como pareja porque salían juntos y que cuando entraba al apartamento ahí los veía.

LUPE DEL ROCÍO DIAZ, informó ser vecina del edificio en que reside la demandante y dijo conocerla desde julio del año 2015 cuando compró el apartamento en que vive y la actora vivía con el señor Miguel en el apartamento vecino, informó que el referido señor tenía adecuada una habitación para que lo visitara el médico por su difícil estado de salud.

Verificados los medios de prueba que han quedado reseñados, resulta necesario precisar que en este caso no se acreditó la convivencia entre la actora y el causante, por un tiempo igual o superior a los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del pensionado, como de manera imperativa lo exige la norma llamada a regular este asunto y que ya fue reseñada en esta sentencia.

Sin que se pueda acceder a lo planteado por la apoderada de la actora en su recurso al aducir que solo se debe tener en cuenta el requisito de convivencia sin entrar en pormenores o requisitos que considera discriminatorios, como es el tiempo real de convivencia, requisito que por ser legal no puede en momento alguno obviarse para con su desconocimiento y contrariando la ley reconocer una pensión frente a la cual ciertamente no se reúnen los requisitos establecidos por el legislador para su causación. Tampoco luce como válido el argumento esgrimido en sus alegatos presentados en esta instancia frente al lapsus que pudo tener la actora al momento de absolver interrogatorio de parte, cuando de manera puntual sin presentar dubitaciones, manifestó en varias oportunidades en dicha prueba que su convivencia con el causante había sido a partir del 13 de enero de 2013.

Es por ello que, del análisis en conjunto de los medios de prueba, y su análisis crítico permiten a la Sala concluir que, la demandante no mantuvo vigente su unión con el pensionado fallecido por el tiempo mínimo requerido en la norma, es decir por un lapso igual o superior a 5 años, para ser beneficiaria de la prestación que reclama por lo cual se deberá confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de noviembre de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO