



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE SANTOS EUGENIO ROJAS FIERRO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las convocadas a juicio, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 28 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., efectuado el 19 de septiembre de 1997, por ende, para efectos pensionales se encuentra afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES, en consecuencia, se ordene a la AFP devolver a éste Administradora los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, sumas adicionales, saldos con frutos, intereses y, rendimientos causados; costas; ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 31 de octubre de 1956; estuvo afiliado al ISS de febrero de 1977 a septiembre de 1997, a través de diferentes empleadores y como independiente, aportando 434 semanas; en septiembre de 1997 firmó formulario de vinculación a PORVENIR S.A. sin recibir información concreta y veraz de las consecuencias de esa decisión o, sobre las ventajas, desventajas, características y, requisitos existentes en cada régimen, excepto que podía efectuar aportes voluntarios para incrementar el valor de su pensión; actualmente cuenta con 1445 semanas cotizadas en ambos regímenes. El 01 de febrero de 2019, solicitó a PORVENIR S.A. elaborar su proyección pensional y, el 12 de febrero siguiente, la AFP le indicó que su mesada sería de \$828.116.00; el 01 de febrero de 2019 petitionó a las demandadas su traslado de régimen y/o anulación del cambio de régimen y su retorno al RPM, recibiendo sendas respuestas negativas²

¹ Archivo 01, Folio 7.

² Archivo 01, Folios 5 a 18.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió las calendas de nacimiento del actor y, de afiliación al RAIS, los extremos inicial y final de vinculación al ISS, las semanas acumuladas en el RPM y, la solicitud de traslado y/o su anulación, con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, su buena fe, no configuración de intereses moratorios e indexación, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, compensación y, genérica³.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentó oposición a los pedimentos y, adujo que no le constan o no eran ciertas las situaciones fácticas. Propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, genérica⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado el 19 de septiembre de 1997 por Santos Eugenio Rojas Fierro del RPM al

³ Archivo 01, Folios 92 a 107.

⁴ Carpeta 08, archivo 02. Contestación Porvenir S.A.



RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, ordenó a la AFP transferir a COLPENSIONES los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, con rendimientos, bonos pensionales y, lo recaudado por gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que debe indexar; la Administradora del RPM debe recibir e imputar en la historia laboral los aportes del actor; declaró no probada la excepción de prescripción e; impuso costas a la enjuiciadas⁵.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las convocadas a juicio interpusieron sendos recursos de apelación⁶.

COLPENSIONES en resumen expuso, que el *a quo* no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, atendiendo que esa entidad es un tercero en el acto jurídico suscrito entre el actor y PORVENIR S.A., que solo tiene efectos *inter partes*, sin que a esa Administradora le pueda favorecer o perjudicar la declaración de ineficacia, por ende, no se le puede ordenar recibir al demandante como afiliado al RPM, ya que, afectaría la liquidez financiera del sistema de seguridad social en pensiones, en los términos de los artículos 48 Constitucional y, 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, además, el demandante por más de 25 años no fue tenido en cuenta en los cálculos financieros, ni es beneficiario del régimen de transición; con todo, en caso que se

⁵ Carpeta Audiencia 28-01-2022, audio y acta de audiencia.

⁶ Carpeta Audiencia 28-01-2022, audio y acta de audiencia.



mantenga la decisión de primera instancia, se debe condenar a la AFP a reconocer los perjuicios económicos por el daño causado; de otra parte, se debe reconsiderar la condena en costas, pues, no se tuvo en cuenta su diligencia ni que los dineros administrados pertenecen a los afiliados del RPM.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que no es viable declarar la ineficacia del traslado con base en la supuesta falta de información, porque para 1997, momento en que se efectuó, se cumplieron las exigencias de los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, entregando el formulario de vinculación y, el reglamento del fondo, por lo que, no se puede concluir ausencia de información sobre las características del RAIS atendiendo que la asesoría era verbal, entendiéndose entregada y comprendida con la firma del formulario de afiliación y, aceptada con la permanencia en el RAIS; asimismo, el demandante está inmerso en la prohibición legal para retornar al RPM, ya que, se encuentra a menos de diez años de la edad para acceder a la pensión de vejez. Del interrogatorio de parte se colige que el accionante no tiene muy claro lo sucedido al momento de cambio de régimen pensional. La orden de devolver los gastos de administración, comisiones, fondo de garantía mínima y, seguro previsional, desconoce que estos también se descuentan en el RPM, sin que dicha orden encuentre soporte legal, pues, ante un cambio de régimen, solo se deben devolver aportes y, rendimientos, lo contrario genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Por último, se debe aplicar la prescripción sobre los rendimientos dado que no financian la prestación de vejez en ninguno de los regímenes.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Santos Eugenio Rojas Fierro estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social – ISS de 01 de febrero de 1977 a 31 de octubre de 1997, aportando 309.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de diferentes empleadores; el 19 de septiembre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de noviembre siguiente; situaciones fácticas que se infieren del formulario de vinculación a la AFP⁷, la historia laboral consolidada⁸, la certificación de afiliación⁹ y, la relación histórica de aportes¹⁰, expedidas por PORVENIR S.A., el reporte de semanas cotizadas en pensiones, emitido por COLPENSIONES¹¹ y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹².

Rojas Fierro nació el 31 de octubre de 1956, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 01 de febrero de 2019, el actor petitionó a COLPENSIONES la anulación de su cambio al RAIS¹⁴, pedimento negado en igual *data*, bajo el argumento que la solicitud de afiliación o traslado fue efectuada de manera directa y voluntaria, en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen¹⁵.

⁷ Archivo 01, Folio 20 y, Archivo 02. Contestación Porvenir S.A., Folio 59.

⁸ Archivo 01, Folios 21 a 32.

⁹ Archivo 01, Folio 53 y, Archivo 02. Contestación Porvenir S.A., Folio 58.

¹⁰ Archivo 02. Contestación Porvenir S.A., Folios 62 a 78.

¹¹ Archivo 01, Folios 108 a 112.

¹² Archivo 02. Contestación Porvenir S.A., Folios 79 a 80.

¹³ Carpeta 02. Expediente administrativo CD Folio 78.

¹⁴ Archivo 01, Folios 38 a 42.

¹⁵ Archivo 01, Folios 43 a 45.



El 01 de febrero de 2019, el demandante solicitó a PORVENIR S.A. elaborar el cálculo de su mesada pensional, copia del formulario de vinculación y, de los documentos entregados en vigencia de ésta, certificación de afiliación e, historia laboral, así como la anulación del traslado de régimen pensional¹⁶, pedimentos resueltos mediante escrito del siguiente día 12, adjuntando la documentación requerida y, aclarando que al momento de la asesoría para el traslado de régimen pensional, la información se brindó de manera verbal, que se ratificó con la suscripción libre, voluntaria y sin presiones del formulario de afiliación¹⁷.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

¹⁶ Archivo 01, Folios 33 a 37.

¹⁷ Archivo 01, Folios 46 a 49.



Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales, por solicitud de PORVENIR S.A.¹⁸, (ii) simulación pensional de 12 de febrero de 2019, elaborada por la AFP¹⁹, (iii) certificado de existencia y representación legal del fondo privado enjuiciado²⁰, (iv) comunicados de prensa²¹ y, (v) expediente administrativo del demandante, allegado por COLPENSIONES²². También, se recibió el interrogatorio de parte de Santos Eugenio Rojas Fierro²³.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 19 de septiembre de 1997²⁴, se lee:

“HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”.

¹⁸ Archivo 01, Folios 50 a 52.

¹⁹ Archivo 01, Folios 54 a 57.

²⁰ Archivo 01, Folios 58 a 67 y, 73 a 84.

²¹ Archivo 02. Contestación Porvenir S.A., Folios 81 a 83.

²² Carpeta 02. Expediente administrativo CD Folio 78.

²³ Audiencia 28 - 01 - 2022, Min. 00:11:05. Santos Eugenio Rojas Fierro, Bachiller. Dijo que trabajando como Administrador de Obras, en la ciudad de Ibagué, se trasladó al RAIS, luego que una asesora se acercó y le indicó que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que era pertinente que se pasara a PORVENIR, la asesoría fue grupal, había alrededor de seis personas, duró media hora, no se le explicó qué era una cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros o, qué pasaría en caso de fallecimiento, solo que podía hacer aportes voluntarios, que entre más aportara, más rápido se podría pensionar; sabía que en el ISS los requisitos eran 60 años y 1.000 semanas, no le manifestaron las consecuencias del cambio de régimen; la asesora diligenció el formulario, no lo leyó antes de firmarlo; ha recibido extractos de PORVENIR, allí verificaba que la empresa hiciera los aportes, no entendía el contenido; no recibió información adicional del fondo, tampoco hasta cuándo podía regresar al RPM, se enteró que habrían cambios con el Seguro Social. Le pidieron el nombre de su esposa, pero no le dijeron para qué era; Hernando y Bibiana Rojas Ortiz son sus hijos, no recuerda que tuviera que registrarlos en el formulario, la asesora le dijo que se encargaría de los trámites del traslado. La motivación para presentar la demanda es, porque en PORVENIR le dijeron que su pensión sería equivalente a un salario mínimo, es decir, se sintió engañado, no ha solicitado proyecciones pensionales.

²⁴ Archivo 01, Folio 20 y, Archivo 02. Contestación Porvenir S.A., Folio 59.



Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁵; resaltando además, que “...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...**”²⁶.

Es que, recaía en PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía

²⁵ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁶ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública



toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁷.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrinoó que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Santos Eugenio Rojas Fierro, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del

²⁷ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁸, en este sentido, se confirmará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante, en consecuencia, también en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Ahora, en cuanto a la petición subsidiaria de COLPENSIONES manifestada en el recurso de apelación, de ordenar a la AFP pagar el valor de los perjuicios que se le causen, cabe precisar, que de presentarse esos perjuicios ante el reconocimiento de la eventual prestación económica a Rojas Fierro, la Administradora del RPM tiene la facultad de decidir si inicia o no algún tipo de reclamación judicial, siendo una petición ajena al objeto del litigio.

²⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.

²⁹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la condición de Bachiller del accionante no eximía a PORVENIR S.A., de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y



practicables³⁰, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que el convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración y rendimientos también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*³¹. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³².

En el *examine*, aunque a COLPENSIONES se le ordenó recibir los dineros remitidos por las AFP y, actualizar la historia laboral del accionante, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS del demandante, acto jurídico en que la Administradora del RPM no actuó, no se le puede considerar parte

³⁰ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³¹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³² CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 036 2019 00356 01
Ord. Santos Rojas Vs. COLPENSIONES y otra

vencida en este proceso, en consecuencia, dado que éste punto fue objeto de reproche por COLPENSIONES al sustentar la apelación, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

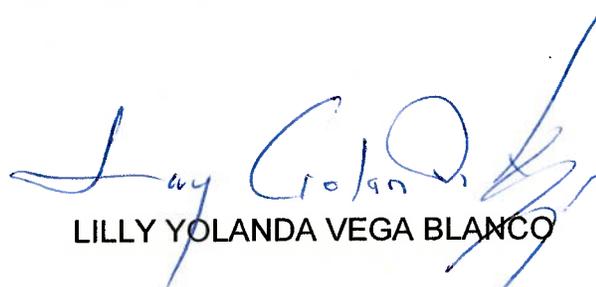
En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

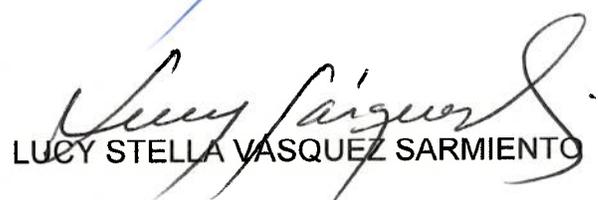
PRIMERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expresado en precedencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ANA MARÍA GUERRA VÉLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y, el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo de fecha 10 de febrero de 2022, proferido por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó la nulidad o ineficacia de su afiliación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., efectuada el 12 de agosto de 1994, en consecuencia, se ordene a la AFP trasladarla a COLPENSIONES con los valores recibidos por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y, rendimientos causados; la Administradora del RPM debe recibirla como afiliada, sin solución de continuidad; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 26 de julio de 1962, prestó servicios a la ESE Hospital Salazar de Villeta de 13 de julio de 1988 a 12 de julio de 1989, cotizando a pensión a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – CAPRECUNDI, de 07 de julio de 1994 a 30 de diciembre de 2002 aportó al Instituto de Seguro Social - ISS. El 12 de agosto de 1994, fue afiliada a la AFP COLPATRIA - hoy PORVENIR S.A. -, mediante formulario diligenciado como vinculación inicial, en que se registró como empleador a la Superintendencia Nacional de Salud, sin embargo, esa entidad continuó cotizando al ISS hasta 02 de enero de 1995; el 25 de enero de 1995, se inscribió en el ISS como trabajadora independiente, aportando a pensión a esa Administradora, el empleador Gestión Empresarial Reemplazos LTDA. también cotizó al ISS de junio de 2000 a diciembre de 2002; la AFP demandada no le suministró información sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ni de la prohibición de retornar al RPM cuando le faltaren menos de diez años para cumplir la edad de pensión. El 25 de junio de 2020 solicitó a COLPENSIONES tenerla como afiliada, sin solución de continuidad y, que recibiera los dineros transferidos de PORVENIR S.A., recibiendo respuesta negativa el siguiente día 26; el



09 de junio de 2020, peticionó a la AFP la anulación de su afiliación al RAIS, pedimento negado el día 11 de los referidos mes y año¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió las calendas de nacimiento de la demandante y, de afiliación al RAIS, los periodos cotizados por la Superintendencia Nacional de Salud y, Gestión Empresarial Reemplazos LTDA. y, la solicitud de afiliación con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, su buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica².

Mediante auto de 31 de agosto de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Folios 3 a 18.

² Folios 95 a 118.

³ Folios 153 a 155.



El juzgado de conocimiento declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia de condena en costas a COLPENSIONES y, prescripción; declaró ineficaz y sin efectos jurídicos el traslado efectuado por Ana María Guerra Vélez al RAIS, a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., por tanto aquella se encuentra válidamente afiliada al RPM, COLPENSIONES debe validar la vinculación de la actora sin solución de continuidad; ordenó a la AFP transferir a la Administradora del RPM todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, además de devolver con cargo a su propio patrimonio, gastos o comisiones de administración descontados; COLPENSIONES debe recibir los dineros que remita PORVENIR S.A. y, validarlos en la historia laboral e; impuso costas a las convocadas a juicio⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que en el asunto no opera la ineficacia de la afiliación, pues, la decisión no se puede apoyar en una valoración negativa de la presunción de buena fe, situación que se vislumbró con la apreciación de los medios de prueba, al considerar el *a quo* que no acreditaban el cumplimiento del deber de brindar información a la actora; la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contradice las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en Sentencia C - 086 de 2016, que estableció las características para que encuentre validez la inversión de la carga de

⁴ Folios 323 a 325 Acta y, Audio de Audiencia de 08 de febrero de 2022.



la prueba, precisando, que en los términos del artículo 241 Constitucional, solo es posible cuando la parte que alude un hecho demuestra con suficiencia no poder obtener los elementos materiales probatorios que pretende hacer valer, pero en el asunto eso no ocurrió, ni siquiera con las pruebas de oficio decretadas por el juzgador de primer grado; además, para la época del traslado solo se exigía el consenso entre las partes, siendo ello así no se demostró la falta de entrega de información sobre las características de cada régimen pensional, ni la voluntad de la accionante de permanecer en el RPM; adicionalmente, pasaron más de veinte años sin que la convocante se preocupara por su derecho pensional; en este orden, se le debe absolver de la devolución de gastos de administración, más cuando estos no financian la prestación de vejez⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Ana María Guerra Vélez prestó servicios a la ESE Hospital Salazar Villeta de 13 de julio de 1988 a 12 de julio de 1989, aportando a la Caja de Previsión Social CAPRECUNDI y, estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 07 de julio de 1994 a enero de 1995, aportando 25.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, totalizando 77.57 semanas entre tiempos públicos y privados; el 12 de agosto de 1994, solicitó su traslado al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.; el 05 de mayo de 2003, suscribió nuevo formulario de vinculación o traslado a PORVENIR S.A.; situaciones fácticas que se infieren de los certificados de información laboral, de salario base y, de salarios mes a

⁵ Audio de Audiencia de 08 de febrero de 2022.



mes - Formatos N° 1, 2 y, 3 (B) -, expedidos por la E.S.E. Hospital Salazar de Villeta⁶, la certificación de afiliación⁷ y, el reporte de semanas cotizadas en pensiones⁸, emitidos por COLPENSIONES, los formularios de vinculación a las AFP y sus anexos⁹, la historia laboral consolidada¹⁰, la certificación de afiliación¹¹ y, la relación de aportes de la cuenta individual de ahorro¹², elaboradas por PORVENIR S.A.

Guerra Vélez nació el 26 de julio de 1962, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 09 de junio de 2020 la demandante petitionó a PORVENIR S.A. anular su afiliación a ese Fondo y, el traslado de dineros de su cuenta de ahorro individual a la Administradora del RPM¹⁴, pedimentos negados con escrito del siguiente día 11, arguyendo que no resultaba jurídicamente procedente, ya que, la asegurada diligenció el respectivo formulario de afiliación, efectuó aportes a pensión en esa AFP y, de su cuenta se generaron extractos cada tres meses¹⁵.

El 25 de junio de 2020 la actora solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM sin solución de continuidad y, que aceptara los dineros acumulados en su cuenta de ahorro individual¹⁶, obteniendo respuesta

⁶ Folios 35 a 37.

⁷ Folio 38.

⁸ Folios 40 a 48 y, 144 a 152.

⁹ Folios 63, 242 a 247 y 250.

¹⁰ Folios 64 a 74 y, 251 a 261.

¹¹ Folio 229.

¹² Folios 230 a 241 y 262 a 274.

¹³ Folio 33.

¹⁴ Folios 57 a 58.

¹⁵ Folios 59 a 62.

¹⁶ Folios 49 a 50.



negativa mediante comunicación del día 26 de los referidos mes y año, porque, el traslado de régimen se efectuó en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen¹⁷.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de la AFP enjuiciada¹⁸ y; (ii) liquidación de pensión elaborada por la demandante¹⁹.

¹⁷ Folios 51 a 53.

¹⁸ Folios 21 a 31 y, 285 a 288.

¹⁹ Folios 54 a 56.



También se recibió el interrogatorio de parte de Ana María Guerra Vélez²⁰.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 12 de agosto de 1994, se lee²¹:

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena

²⁰ Audiencia 10 - 02 - 2021, Min. 00:11:30. Ana María Guerra Vélez, Dermatóloga. Dijo que firmó el formulario de afiliación, inicialmente no se informó de las condiciones de cada régimen, después de algunos años hizo averiguaciones, usando los canales brindados por la AFP, actualizó su información personal. En el año 1994, entró a trabajar a la Superintendencia Nacional de Salud, donde le entregaron el formato de pensiones para firmar, sin ninguna asesoría, no le explicaron cada régimen pensional, el formulario era de la AFP COLPATRIA, nunca tuvo contacto con algún asesor de la AFP, ni le explicaron las modalidades de pensión en el RAIS, de eso se enteró con posterioridad a través de diferentes personas, pero no de la AFP, sabe que en el fondo privado su pensión sería de un salario mínimo, en cambio en COLPENSIONES tendría una mejor pensión, desconoce las razones de ello, así como a qué modalidad de pensión pertenece en el RAIS; desde hace varios años ha tratado de retornar a COLPENSIONES, lo que no ha logrado por malas asesorías; cuando entró a trabajar al Seguro Social, la afiliaron a esa Administradora, luego se enteró que estaba afiliada a PORVENIR, de esa AFP la llamaron para decirle que se tenía que afiliarse en ese fondo.

²¹ Folios 63 y 250.



fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²²; destacando además, que “... *el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada*”²³.

Es que, recaía en la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía

²² CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²³ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁴.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente,

²⁴ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Ana María Guerra Vélez, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver, con cargo a su propio patrimonio, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁵, en este orden, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo que también se estudia en consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

²⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 017 2020 00236 01
Ord. Ana Guerra Vs. Cospensiones y Otra

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁶, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la

²⁶ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



condición de Dermatóloga de Ana María Guerra Vélez no eximía a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago²⁷.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

²⁷ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables²⁸, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*²⁹.

²⁸ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

²⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 017 2020 00236 01
Ord. Ana Guerra Vs. Colpensiones y Otra

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite al artículo 365 del CGP y a lo adocinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁰.

En el *examine*, aunque a COLPENSIONES se le ordenó recibir los dineros remitidos por la AFP y, actualizar la historia laboral de la accionante, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la demandante, acto jurídico en que la Administradora del RPM no actuó, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, dado que se surte el grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 017 2020 00236 01
Ord. Ana Guerra Vs. Colpensiones y Otra

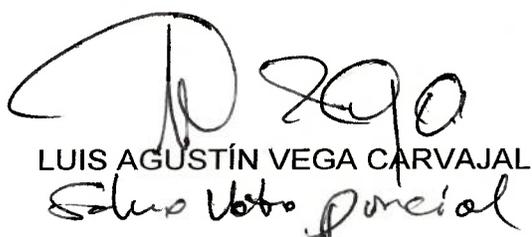
PRIMERO.- ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento y, con cargo a sus propias utilidades, comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados a la demandante, debidamente indexados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

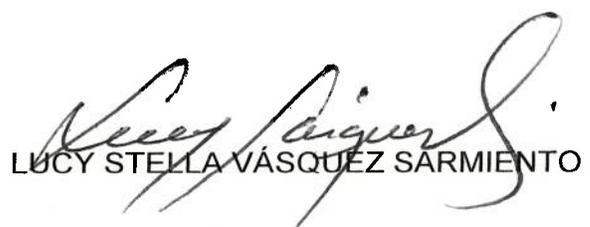
SEGUNDO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la decisión de primera instancia, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expresado en precedencia.

TERCERO.- CONFIRMAR la decisión consultada y apelada en lo demás. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo lo que parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MIGUEL IGNACIO FADUL ORTIZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional efectuado el 01 de agosto de 1997, a través de COLFONDOS S.A., en consecuencia, se ordene a esta AFP trasladar a COLPENSIONES los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, con rendimientos financieros y, bonos pensionales; la Administradora del RPM debe tramitar las gestiones pertinentes para anular el traslado de régimen y, recibirlo sin solución de continuidad; costas; ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 31 de julio de 1959, aportó 306 semanas al RPM, a través de diversos empleadores; el 01 de agosto de 1997, cotizando como trabajador independiente se trasladó al RAIS con COLFONDOS S.A., sin recibir suficiente ilustración sobre el monto y forma de liquidación de la mesada; de 01 de agosto de 1997 a 31 de diciembre de 2019 ha cotizado 824 semanas, totalizando 1130 en el sistema general de pensiones; la AFP no le informó sobre la prohibición legal de retornar al RPM antes de los diez años para cumplir la edad mínima de pensión; el 17 de noviembre de 2020, solicitó a COLFONDOS S.A. su traslado al RPM, al día siguiente presentó igual petición ante COLPENSIONES².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Archivo 01, Folio 4.

² Archivo 01, Folios 4 a 11.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a las situaciones fácticas dijo no ser ciertas o no constarle. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causal de nulidad, prescripción, su buena fe, compensación y pago, saneamiento de la presunta nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir contra sus propios actos y, genérica³.

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en cuanto a los hechos admitió las calendas de nacimiento del actor y, de traslado al RAIS, así como la solicitud de cambio de régimen. Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, su buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, solicitud de devolución de la totalidad de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante y, genérica⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías de todas las pretensiones incoadas por Miguel Ignacio Fadul

³ Carpeta 05.

⁴ Carpeta 06.



Ortiz; se relevó del estudio de las excepciones propuestas e; impuso costas al demandante⁵.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el *a quo* transgredió el principio de congruencia frente al *libelo incoatorio*, pues, analizó los vicios del consentimiento, sin tener en cuenta que lo pretendido, además de la nulidad de la afiliación, era la ineficacia del traslado al RAIS, por ende, si bien manifestó que laboraba como trabajador independiente, en el interrogatorio de parte aclaró que prestó servicios como trabajador dependiente e independiente, sin que esa manifestación se pueda tener como confesión, la historia laboral aportada da cuenta de los aportes efectuados; asimismo, la afiliación al RAIS no fue tácita aceptó la firma del formulario de vinculación a la AFP, siendo carga de ésta desvirtuar la afiliación, por ende, es errado aplicar la Sentencia SL - 3752 de 2020 respecto a la voluntad tácita de pertenecer al sistema, como quiera que en ésta se cita la Sentencia SL - 413 de 2018, que estudió un caso de reconocimiento de pensión de sobrevivientes, evidentemente disímil al ahora analizado; de igual forma, la condición académica no denota el haber recibido información sobre las condiciones del RAIS, deber que recaía en la AFP, en los términos de la Sentencia SL - 1948 de 2021, entre otras⁶.

⁵ Archivos 12 y 13, Audio y Acta de Audiencia.

⁶ Archivo 12, Audio de Audiencia.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Miguel Ignacio Fadúl Ortiz estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social - ISS de 15 de junio de 1983 a 31 de julio de 1997, aportando 224.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de varios empleadores; el 01 de agosto de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por COLFONDOS S.A.; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas⁷ y, la certificación de afiliación⁸, emitidos por COLPENSIONES, así como del resumen de historia laboral, elaborado por COLFONDOS S.A.⁹.

Fadul Ortiz nació el 31 de julio de 1959, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁰.

El 17 de noviembre de 2020, el demandante solicitó a COLFONDOS S.A. su traslado al RPM remitiendo aportes, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima y, bono pensional de su cuenta de ahorro individual¹¹, pedimento negado con escrito del siguiente día 23, bajo el argumento que se encontraba a menos de diez años para cumplir la edad de jubilación¹².

⁷ <https://drive.google.com/drive/folders/1kFWmKmRR-KVklb3O23sSGqPihJSpTaU5>, Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1972-20210428081828.

⁸ Archivo 01, Folio 13.

⁹ Archivo 01, Folios 22 a 27.

¹⁰ Archivo 01, Folio 12.

¹¹ Archivo 01, Folio 19.

¹² Archivo 01, Folios 20 a 21.



El 18 de noviembre de 2020, el accionante radicó ante COLPENSIONES formulario de afiliación al sistema general de pensiones¹³, recibiendo respuesta en igual fecha, indicándole que su solicitud sería enviada a la AFP a la que se encontraba afiliado, para efectos de establecer la procedencia del traslado¹⁴.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP enjuiciada¹⁵ y; (ii) publicación de 09 de enero de 2004, en el diario El

¹³ Archivo 01, Folios 14 a 15.

¹⁴ Archivo 01, Folios 16 a 18.

¹⁵ Archivo 01, Folios 28 a 98 y, Carpeta 05, Archivo 2021-105 BOGOTA Miguel Ignacio Fadul Ortiz VS COLFONDOS (1), Folios 22 a 92.



Tiempo, denominada “10 PUNTOS SOBRE EL TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES”¹⁶. También se recibió el interrogatorio de parte de Miguel Ignacio Fadul Ortiz¹⁷.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLFONDOS S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su afiliación a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria¹⁸; resaltando además, que “...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de

¹⁶ Carpeta 05, Archivo 2021-105 BOGOTA Miguel Ignacio Fadul Ortiz VS COLFONDOS (1), Folio 19.

¹⁷ Archivo 12, Min. 00:04:00. Miguel Ignacio Fadúl Ortiz, Economista. Dijo que cuando se trasladó de régimen pensional, venía de trabajar con el Departamento Nacional de Planeación, siendo contratado por el Ministerio de Comercio Exterior, allí un asesor de COLFONDOS le presentó el Fondo en una reunión que duró alrededor de 10 minutos, le indicó que las condiciones eran mejores y, que el Seguro Social se iba a quebrar, por lo que no había certeza para las personas que estaban ahí; no se acercó a verificar información porque confiaba en las entidades con las que estaba, no fue coaccionado para firmar el formulario de vinculación; cuando se cambió, desconocía los requisitos para acceder a la pensión; se enteró que el Seguro Social se transformó, hace cinco años acudió a indagar sobre su futuro pensional, no lo hizo antes por confiar en la AFP; ha sido Consultor, ha tenido alrededor de 50 vinculaciones, siempre con cotizaciones en el mismo fondo; hasta hace 5 años quiso regresar al RPM; sabe que cuenta con más de 1.200 semanas cotizadas; en los últimos 8 años ha recibido extractos de su cuenta individual, su motivación para retornar a COLPENSIONES, es que nunca le entregaron información certera, ni real, así como tampoco le indicaron que estaba llegando al límite de edad para retornar al esquema pensional del Estado. Solo se ha reunido con asesores de la AFP, el día que se afilió y, cuando fue a verificar su tema pensional, el asesor le dijo que tendría una mejor pensión y, más segura que la del Estado, no le indicaron los requisitos. Se afilió al RAIS en 1998, no recuerda el mes, se cambió por la información que le entregaron, había incertidumbre con lo que ocurriría en el Seguro Social, para ese tiempo no pensaba en obtener una pensión, ha estado vinculado a diferentes entidades, como independiente antes no le exigían el pago de seguridad social, ahora sí; cuando estuvo sin empleo como Consultor, efectuó cotizaciones sobre el salario mínimo; sus hijos estudian en España, para escoger el Colegio en el que estudiarían, analizó las ventajas, calificación y, posibilidades financieras; ha sido Consultor Agrícola.

¹⁸ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...**¹⁹.

Es que, recaía en COLFONDOS S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

¹⁹ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁰.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrinoó que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

²⁰ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Miguel Ignacio Fadul Ortiz, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²¹, en este sentido, se revocará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante, una vez reciba la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²², no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

²¹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.

²² Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la condición de Economista del accionante no eximía a COLFONDOS S.A., de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve



afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago²³.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables²⁴, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que el convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos

²³ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.

²⁴ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”²⁵*. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto.

Costas de primera instancia a cargo de COLFONDOS S.A. No se causan en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar, **DECLARAR** ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por

²⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2021 00105 01
Ord. Miguel Fadul Vs. Colpensiones y otra

Miguel Ignacio Fadul Ortiz, a través de COLFONDOS S.A., con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- ORDENAR a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, remitir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Miguel Ignacio Fadul Ortiz, con los rendimientos causados y, con cargo a sus propias utilidades las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados con arreglo a lo expuesto en precedencia.

TERCERO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar los valores remitidos por la AFP, afiliar al demandante y actualizar su historia laboral, una vez reciba la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

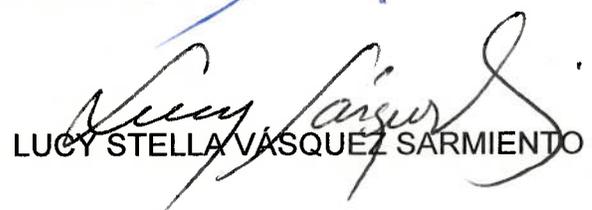
CUARTO.- DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO.- Costas de primera instancia a cargo de COLFONDOS S.A. No se causan en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ROSA ANGÉLICA CASTRO RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha



03 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional efectuado el 01 de mayo de 1994, a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por indebida y nula información, así como su cambio horizontal a COLFONDOS S.A., en consecuencia, se ordene a las convocadas a juicio adelantar las gestiones administrativas para anular su cambio de régimen, a COLFONDOS S.A. remitir a la Administradora del RPM los dineros de su cuenta de ahorro individual; a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad, corregir y actualizar su historia laboral, teniéndola como válidamente afiliada al RPM; costas; ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 16 de mayo de 1965; el 07 de enero de 1987 se afilió al ISS, cotizando 144 semanas; el 01 de mayo de 1994, se trasladó al RAIS a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; el 01 de abril de 2001, se cambió a COLFONDOS S.A.; ha acumulado 1372 semanas de cotización al sistema general de pensiones. Al cambiarse de régimen pensional no le brindaron información sobre el año de gracia para retornar al RPM, la prohibición legal de retornar a éste antes de los diez años para cumplir la edad de pensión, los requisitos o, las condiciones

¹ Archivo 2019-592 FL210_pagenumber, Folios 4 a 5.



de cada régimen. El 02 de julio de 2019, solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la *data* de nacimiento de la actora y, la solicitud de nulidad de traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica³.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. presentó oposición a los pedimentos en su contra, respecto de las situaciones fácticas admitió las calendas de nacimiento de la demandante y, de traslado de régimen pensional, así como el recibido de una petición de nulidad de éste. Propuso como excepciones: declaración libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, su buena fe, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración y, seguro previsional, prescripción y, genérica⁴.

² Archivo 2019-592 FL210_pagenummer, Folios 4 a 20.

³ Archivo 2019-592 FL210_pagenummer, Folios 108 a 139.

⁴ Archivo 2019-592 FL210_pagenummer, Folios 167 a 180.



Mediante auto de 20 de enero de 2021, el *a quo* tuvo por no contestada, pero, “ ... si por allanada de los hechos y pretensiones de la demanda a ... COLFONDOS”⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS, efectuado el 14 de mayo de 1994 por Rosa Angélica Castro Rodríguez a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y, el 09 de mayo de 2001 a COLFONDOS S.A.; declaró a COLPENSIONES como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en consecuencia, ordenó a las AFP devolver a la Administradora del RPM la totalidad de aportes girados a favor de la actora por cotizaciones a pensión, incluyendo rendimientos financieros causados y, los bonos pensionales si los hubiese, a su respectivo emisor; impuso costas a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de ineficacia del traslado de régimen pensional aplicada en el asunto, no ha tenido en cuenta los argumentos expuestos

⁵ Archivo 2019-592 Tiene por allanada de la demandada Colfondos y señala fecha. FL.212.

⁶ Archivos 2019-592 ORD FL. 215 ACTA AUDIENCIA y, 11001310502020190059200 Aud. Art. 77 y 80 C.P.T.Y.S.S.



por las AFP, más aun atendiendo que los supuestos fácticos distan de los ahora analizados, como la prohibición legal en que se encuentra la demandante por estar a menos de diez años de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, la falta de acreditación de la ocurrencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) y, el error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para incidir en la eficacia del acto jurídico suscrito con la actora; adicionalmente, la carga de la prueba debió recaer en la convocante, quien alegó el incumplimiento del deber de información, deber que se materializó solo hasta 2014. Finalmente, se debe revocar la condena en costas, ya que, existe descapitalización del sistema⁷.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Rosa Angélica Castro Rodríguez estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 22 de julio de 1991 a 30 de abril de 1994, aportando 57.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través del empleador “CONSTRUCCIONES TECNI”; el 22 de abril de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de mayo siguiente; el 04 de noviembre de 1997 se cambió a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., con efectividad desde 01 de enero de 1998 y; el 01 de abril de 2001, se pasó a COLFONDOS S.A.; situaciones fácticas que se infieren de los reportes de semanas cotizadas en pensiones y, la certificación de afiliación, emitidos por COLPENSIONES⁸; el resumen de historia laboral expedido por

⁷ Archivo 11001310502020190059200 Aud. Art. 77 y 80 C.P.T.Y.S.S.

⁸ Archivo 2019-592 FL210_pagenummer, Folios 49 a 52 y 54; Carpeta HL.



COLFONDOS S.A.⁹; los formularios de vinculación a las AFP¹⁰; la constancia de traslado de aportes¹¹ y, el reporte de estado de cuenta¹², elaborados por PROTECCIÓN S.A. y; el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹³; así como de lo expuesto en el hecho 5º del *libelo incoatorio*, a cuyo contenido se allanó COLFONDOS S.A.¹⁴.

Castro Rodríguez nació el 16 de mayo de 1965, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁵.

El 02 de julio de 2019, la demandante solicitó a las convocadas a juicio la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen pensional, efectuado el 01 de mayo de 1994¹⁶; en esa misma fecha, COLPENSIONES negó lo pedido, bajo el argumento que no era procedente, pues, se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse¹⁷.

El siguiente día 18, PROTECCIÓN S.A. negó dichos pedimentos, porque, la afiliación se presumía legal y, solo podría ser desvirtuada si la autoridad competente establecía falsedad en su suscripción¹⁸. En igual *data*, COLFONDOS S.A. negó la anulación de la afiliación de la accionante, argumentando que el asesor de esa AFP le explicó las condiciones propias del producto adquirido, que se dieron por

⁹ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folio 55.

¹⁰ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folios 181 a 182.

¹¹ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folio 185.

¹² Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folios 186 a 194.

¹³ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folio 195.

¹⁴ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folios 6 y 210; Archivo 2019-592 Tiene por allanada de la demandada Colfondos y señala fecha. FL.212.

¹⁵ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folio 47.

¹⁶ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folios 59 a 70, 73 a 84 y, 89 a 100.

¹⁷ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folio 101.

¹⁸ Archivo 2019-592 FL210_pagenunder, Folio 71 a 72 y, 183 a 184.



entendidas y aceptadas al firmar libre y voluntariamente el formulario de afiliación¹⁹.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP enjuiciadas²⁰ y, (ii) expediente administrativo de la demandante, allegado

¹⁹ Archivo 2019-592 FL210_pagenumber, Folio 85 a 88.

²⁰ Archivo 2019-592 FL210_pagenumber, Folios 21 a 46, 199 a 204 y, 207 a 209



por COLPENSIONES²¹. También, se recibió el interrogatorio de parte de Rosa Angélica Castro Rodríguez²².

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 22 de abril de 1994²³, se lee:

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión

²¹ Carpetas EXP ADMINISTRATIVO y HL.

²² Archivo 11001310502020190059200 Aud. Art. 77 y 80 C.P.T.Y.S.S., Min. 00:13:50. Rosa Angélica Castro Rodríguez. Dijo que en 1994 trabajaba como Ingeniera de la División de Transporte del Departamento Nacional de Planeación, allí acudió un grupo de asesores que le indicaron que los nuevos fondos privados eran mejores que el Instituto de Seguro Social entidad que además se iba a acabar, por lo que debía afiliarse, diligenció y firmó el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, la charla con el asesor fue rápida, duró entre 10 y 15 minutos, requería datos personales y la firma, lo suscribió voluntariamente ante lo manifestado por el asesor; en 2001, se cambió a COLFONDOS S.A. cuando pasó a trabajar a Transmilenio, allí también fueron varios asesores, uno de ellos le dijo que lo mejor era cambiarse a esa AFP; en 2019, empezó a averiguar sobre su pensión, en ese momento se enteró que le convenía más COLPENSIONES, así como que existían condiciones diferentes entre cada régimen; el interés de retornar al RPM es financiero, pues, se encuentra a un año de acceder a la pensión.

²³ Archivo 2019-592 FL210_pagenumber, Folio 181.



fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁴; resaltando además, que “...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...**”²⁵.

Es que, recaía en la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

²⁴ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁵ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁶.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de

²⁶ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00592 01
Ord. Rosa Castro Vs. COLPENSIONES y otros

las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Rosa Angélica Castro Rodríguez, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁷, en este sentido, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo que la decisión también se estudia en consulta a favor de COLPENSIONES.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de

²⁷ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna. En este tema también se adicionará la decisión del *a quo*, atendiendo que además se analiza en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁸, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en

²⁸ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la



congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago²⁹.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁰, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

²⁹ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.

³⁰ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00592 01
Ord. Rosa Castro Vs. COLPENSIONES y otros

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social**”*³¹. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³².

En el *examine*, aunque a COLPENSIONES se le ordenó recibir los dineros remitidos por las AFP y, actualizar la historia laboral de la accionante, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la demandante, acto jurídico en que la Administradora del RPM no actuó, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo que dicha condena fue objeto de reproche en la apelación por esta Administradora, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

³¹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³² CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00592 01
Ord. Rosa Castro Vs. COLPENSIONES y otros

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia consultada y apelada, para **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y, a COLFONDOS S.A. transferir a COLPENSIONES además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento y, con cargo a sus propias utilidades, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados a la demandante, debidamente indexados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expresado en precedencia.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00592 01
Ord. Rosa Castro Vs. COLPENSIONES y otros


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo voto particular


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE AMPARO BELLO DÁVILA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las convocadas a juicio, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 26 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS efectuado a finales de 1999 a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., por ausencia de información veraz, completa y oportuna, en consecuencia, se le tenga como afiliada al RPM como si nunca se hubiera cambiado de régimen, atendiendo el regreso automático, con aportes, rendimientos, bono pensional y, lo que hubiere obtenido; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 22 de octubre de 1960; a finales de 1999 se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.; la AFP tiene la carga de probar que cumplió su deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias de éste; PORVENIR S.A. le entregó proyección pensional para 2017 con una mesada de \$1'486.300.00 en la modalidad de retiro programado, mientras en el RPM sería de \$6'788.186.00; de 15 de septiembre de 1980 a 30 de enero de 2018 acumuló 1494 semanas cotizadas. El 18 de octubre de 2019 solicitó a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación al RAIS, negada con escrito del siguiente día 21¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Archivo 01, Folios 4 a 13.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió la calenda de nacimiento de la actora, la vinculación al RAIS y, la solicitud de ineficacia de la afiliación con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de inoponibilidad de responsabilidad de la AFP, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, su buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentó oposición a los pedimentos, respecto a las situaciones fácticas dijo que no le constaban o no eran ciertas. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró no probadas las excepciones propuestas y, la ineficacia del traslado al RAIS efectuado el 13 de septiembre de 1999, por Amparo Bello Dávila a través de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., en consecuencia, ordenó a la AFP transferir a

² Archivos 05 y 09.

³ Archivos 06 y 08.



COLPENSIONES la totalidad de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo aportes, rendimientos y, lo descontado por gastos de administración; la Administradora del RPM debe recibir a la actora como afiliada sin solución de continuidad y, en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen; impuso costas a PORVENIR S.A.⁴.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las convocadas a juicio interpusieron sendos recursos de apelación⁵.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. en resumen expuso, que se debe revocar la decisión de primera instancia, pues, afecta los principios de confianza legítima y sostenibilidad financiera del sistema pensional y, aunque existe amplia jurisprudencia sobre la materia analizada, en este caso el formulario de afiliación no fue tachado de falso o, manifestado un retracto sobre el mismo, siendo válida y eficaz su suscripción, como quiera que, cumple los presupuestos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, ya que, al momento de traslado de régimen no se exigía algún otro documento, además, la voluntad de afiliarse al RAIS se ratificó con la permanencia de la demandante en dicho régimen por más de 20 años, la generación de aportes, beneficiándose de los rendimientos; adicionalmente, la accionante se encuentra dentro de la prohibición legal para cambiar de

⁴ Archivos 13 y 14, Acta y Audio de Audiencia.

⁵ Archivo 14, Audio de Audiencia.



régimen establecida en la Ley 797 de 2003, que afecta la debida administración efectuada sobre sus bienes, más aún cuando ella incumplió sus obligaciones como consumidora financiera, faltando al deber de diligencia. Ahora, en caso que se mantenga la ineficacia declarada, se debe revocar la condena a devolver gastos de administración, en tanto, su descuento está autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con una destinación específica, originados en la administración de la cuenta de ahorro individual. Asimismo, se debe absolver de la condena en costas, porque, cumplió sus obligaciones sin generar acto que atentara contra el derecho de la demandante a la libre escogencia de régimen pensional.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES en suma arguyó, que con las pruebas obrantes en el expediente el *a quo* estableció la configuración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, pero, no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en cuanto a que la Administradora del RPM es un tercero respecto del acto jurídico suscrito entre la actora y la AFP, por ende, no se puede beneficiar ni perjudicar con la declaración de ineficacia, en concordancia con la teoría del daño en materia civil, es decir, quien causa el daño es quien debe repararlo, en ese sentido, se debe ordenar a la AFP que asuma la afiliación de la actora, como si ésta permaneciera al RPM, al incumplir el deber de información.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA



Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Amparo Bello Dávila estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 15 de septiembre de 1980 a 31 de octubre de 1999, aportando 550.71 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de varios empleadores; el 13 de septiembre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA - hoy PORVENIR S.A. -, efectivo a partir de 01 de noviembre siguiente; el 29 de septiembre de 2000 pasó como cesión por fusión a la AFP HORIZONTE - hoy PORVENIR S.A. - y, el 01 de enero de 2014, también como cesión por fusión pasó a PORVENIR S.A.; situaciones fácticas que se infieren de los reportes de semanas cotizadas emitidos por COLPENSIONES⁶, la historia laboral consolidada⁷, la certificación de afiliación⁸ y, la relación histórica de aportes⁹, expedidas por PORVENIR S.A., el formulario de vinculación a la AFP COLPATRIA¹⁰, así como del historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹¹.

Bello Dávila nació el 22 de octubre de 1960, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹².

El 18 de octubre de 2019, la demandante solicitó a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR S. A.¹³, recibiendo respuesta negativa el siguiente día 21, bajo el argumento que la afiliación o traslado se efectuó de manera directa y voluntaria, ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen¹⁴.

⁶ Archivo 01, Folios 24 a 27 y, Archivo 05, Folios 30 a 36.

⁷ Archivo 01, Folios 28 a 35.

⁸ Archivo 06, Folios 55 y 74.

⁹ Archivo 06, Folios 62 a 68 y 81 a 87.

¹⁰ Archivo 06, Folios 56 y 75.

¹¹ Archivo 06, Folios 69 a 70 y 88 a 89.

¹² Archivo 01, Folio 16.

¹³ Archivo 01, Folio 18.

¹⁴ Archivo 01, Folios 20 a 22.



Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos *“es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) simulación pensional de 14 de marzo de 2018, elaborada por la AFP demandada¹⁵, (ii) historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales, a solicitud de PORVENIR S.A.¹⁶, (iii) expediente administrativo de la demandante, aportado por COLPENSIONES¹⁷. También, se recibieron los

¹⁵ Archivo 01, Folios 39 a 44.

¹⁶ Archivo 06, Folios 52 a 54, 57 a 61, 71 a 73 y, 76 a 80.

¹⁷ Carpeta 04.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 032 2020 00104 01
Ord. Amparo Bello Vs. COLPENSIONES y Otra

interrogatorios de parte de la Representante Legal de PORVENIR S.A.¹⁸
y, de Amparo Bello Dávila¹⁹.

En el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 13 de
septiembre de 1999, se lee²⁰:

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES A QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ENTIDAD ADMINISTRADORA. ASÍ MISMO, DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

¹⁸ Archivo 14, Min. 00:09:55. Brenda Lizeth Méndez Mesa, Representante Legal de PORVENIR S.A. Dijo que no existe prueba diferente al formulario de afiliación, que acredite la información brindada a la demandante, pues, esa era la exigida para la época de afiliación; la actora no efectuó aportes voluntarios; no se consideró necesario vincular al proceso al asesor que afilió a la accionante.

¹⁹ Archivo 14, Min. 00:12:55. Amparo Bello Dávila, Tecnóloga en Administración de Sistemas y, Bibliotecóloga. Manifestó que es Gerente de la Agencia Cultural del Banco de la República en Valledupar. En 1989, ingresó al Banco de la República, luego en 1999, recibió a un asesor de COLPATRIA, quien le pidió que se vinculara al fondo de pensiones, él le informó que tendría beneficios distintos a los que le ofrecería el Seguro Social, como que se pensionaría más joven, que tendría un monto superior de pensión y, que el Seguro Social estaba en quiebra, la asesoría duró de 10 a 15 minutos, ahí mismo diligenciaron el formulario de afiliación, no tuvo tiempo de hacer preguntas, solo le pidió sus datos básicos y de familiares; no corroboró la información que le entregaron, porque no pensó que fuera mentira; ha recibido extractos de su cuenta individual, verifica que sus aportes estén; la motivó a regresar a COLPENSIONES el sentirse engañada, timada, utilizada y usada en su buena fe, además, le entregaron una simulación pensional de \$1.400.000.00; supo que el Seguro Social no se acabó y, se convirtió en COLPENSIONES; no presentó queja acerca de la administración de sus aportes, porque, desconoce cómo lo hacen; sabe que en el RPM su pensión sería de \$6.000.000.00 aproximadamente. Cuando se cambió al RAIS, solo sabía que al iniciar la vida laboral, las personas eran afiliadas al Seguro Social, único régimen existente, además, que debía acumular 20 años de cotización, le dijeron que en el fondo privado era igual; COLPENSIONES no le entregó información alguna sobre su derecho pensional.

²⁰ Archivo 06, Folios 56 y 75.



Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²¹; destacando además, que “... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor a la entidad demandada”²².

Es que, recaía en la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

²¹ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²² CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²³.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrinó que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de

²³ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, en este orden, PORVENIR S.A., debe remitir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Amparo Bello Dávila, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁴, en este orden, se adicionará el fallo de primer grado, atendiendo que también se estudia en consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

²⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁵, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la

²⁵ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



condición de Tecnóloga en Administración de Sistemas y, Bibliotecóloga de Amparo Bello Dávila no eximía a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago²⁶.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

²⁶ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables²⁷, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*²⁸.

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada en este aspecto.

²⁷ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

²⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 032 2020 00104 01
Ord. Amparo Bello Vs. COLPENSIONES y Otra

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a PORVENIR S.A., la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁰, en este orden, como la AFP fue parte vencida en el proceso, se confirmará la sentencia apelada y consultada en este tema. No se causan en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., transferir a COLPENSIONES todos los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, descontados a Amparo Bello Dávila, con arreglo a lo expresado en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la decisión consultada y apelada en lo demás. Sin costas en la alzada.

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.

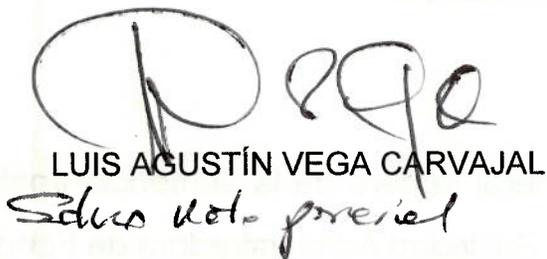


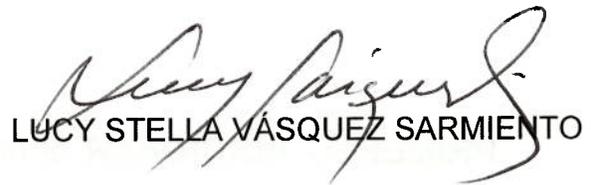
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 032 2020 00104 01
Ord. Amparo Bello Vs. COLPENSIONES y Otra

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Socio del grupo


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE JOSÉ LISÍMACO VELANDIA
ROMERO CONTRA FAMISANAR EPS S.A.S.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, la Magistrada Sustanciadora en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, emite la siguiente,

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la EPS demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 02 de diciembre de 2021, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹.

¹ Documento: Expediente digital, páginas 21 a 73.



ANTECEDENTES

El actor demandó el reembolso de \$23´408.230.00, por los gastos en que incurrió en los 03 primeros días de atención de urgencias de la Clínica de la Mujer, intereses y, demás reconocimientos económicos a que haya lugar.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que cuenta con 62 años de edad; padece de hipertensión, diabetes y sobre peso; el 25 de julio de 2020 fue atendido por un médico de EMERMEDICA, servicio contratado con sus propios recursos, pues, presentaba tos y malestar general, la recomendación del médico fue llevarlo a urgencias, ya que, su saturación era mínima; se comunicó con la línea de FAMISANAR EPS y le indicaron que fuera a la CLÍNICA CAFAM FLORESTA; en igual calenda, ingresó a urgencias, le hicieron exámenes de sangre y radiografía de tórax, le informaron a su hijo que presentaba neumonía al parecer bacteriana, por lo que, lo dejarían en observación, que era el más estable de los pacientes con oxígeno, además, le habían aplicado un antibiótico que duraba 72 horas para combatir las bacterias; al día siguiente, le informaron a su hijo que él estaba estable y evolucionando bien; el 27 de julio de 2020, le escribió a su hijo que le trajera insulina y dólex, pues, en la clínica no le estaban dando medicamento alguno, solo tenía el oxígeno, se sentía mal, agitado, tampoco le prestaban atención; a las 11:00 a.m. de ese día, le aplicaron el medicamento y el enfermero le dijo que dejara de dar quejas a sus familiares; el reporte final del día era que estaba estable; el 28 de julio de ese año, le informaron a su hijo que estaba desmejorando, le subieron el oxígeno, además, requería traslado a una unidad de cuidados intensivos de manera urgente, porque ellos no contaban con una; en igual calenda, a las 07:00 p.m. le indicaron a su hijo que estaba muy mal, el



oxígeno lo habían aumentado y habían realizado la solicitud de UCI, su hijo preguntó ¿cuánto demoraba el traslado? obteniendo como respuesta que alrededor de 04 a 07 días; en este orden, como podía presentar falla respiratoria su hijo buscó una ambulancia medicalizada y llamó a todas las clínicas de Bogotá para encontrar una UCI; el 28 de julio de 2020 a las 10:00 p.m. la ambulancia medicalizada lo trasladó a la Clínica de La Mujer, sin embargo, la CLÍNICA CAFAM FLORESTA no quiso entregar la historia clínica por tratarse de un retiro voluntario; para ingresar a esta institución su hijo tuvo que abonar \$7'000.000.00; en la Clínica de La Mujer fue ingresado de inmediato a la UCI, dado su estado crítico, sin entender ¿cómo dejaron que el paciente llegara a ese punto?; ese mismo día, fue entubado para evitar su deceso; el 29 de julio siguiente, le indicaron a su hijo que la cuenta ascendía a \$14'702.178.00, por ello, debía hacer otro abono de \$7'000.000.00; el siguiente día 30, la cuenta ascendía en \$21'661.211.00; su nuera solicitó un préstamo de \$16'000.000.00; su hijo habló con la Directora Financiera de la Clínica de la Mujer sobre la preocupación por el incremento de la cuenta y le preguntaron ¿cómo podían tramitar ante la EPS las autorizaciones respectivas?, ella respondió que al día siguiente iban a iniciar los procesos de contrarreferencia; el 03 de agosto de 2020, su nuera hizo el abono de \$16'000.000.00, además, la Clínica de la Mujer indicó que no hicieran más abonos hasta que respondiera la EPS; el 07 de agosto de 2020, salió de la UCI e ingresó a hospitalización en piso; el siguiente día 08, el área financiera de la Clínica de la Mujer le explicó que inicialmente la EPS había autorizado el pago de los días comprendidos entre 28 de julio a 31 de agosto (sic), pero, que se había retractado por haber sido traslado voluntario; el 10 de agosto de 2020, fue dado de alta y al validar la cuenta, le manifestaron que FAMISANAR EPS había autorizado la atención médica desde 31 de julio a la fecha de salida, por ello, debía asumir los días 28 a 30 de julio, en cuantía de \$23'408.230.00; el 25 de



agosto de 2020 radicó queja ante la página de FAMISANAR EPS y solicitó el reembolso, pedimentos negados con comunicación de 17 de septiembre siguiente².

CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

Al responder la solicitud, FAMISANAR EPS S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sin referirse específicamente a cada hecho, adujo que garantizó el acceso a los servicios de salud de Lisímaco Velandia, otorgó las autorizaciones correspondientes de acuerdo a la patología presentada, sin existir negación alguna; rechazó la solicitud de reembolso por extemporáneo, tampoco adjuntaron el recibo de pago; al revisar el proceso de referencia y contrarreferencia, advirtió que la CLÍNICA CAFAM FLORESTA no solicitó la remisión, tampoco habían peticiones pendientes, entonces, no se evidenciaba el trámite establecido en el artículo 120 del Decreto 019 de 2012, además, fueron los familiares los que decidieron sacarlo voluntariamente y llevarlo a la Clínica de la Mujer, donde le ofrecieron UCI de manera particular, la pagaron de 28 a 30 julio y, solicitan autorización de la EPS hasta 31 de julio de 2020, con anterioridad a ese día no hubo petición de autorización, en consecuencia, no se reúnen los requisitos de la Resolución 5261 de 1994, ya que, no hubo negación de servicios, autorizó los que el paciente requería sin dilación, por ello, cualquier solicitud resulta extemporánea. En su defensa propuso la excepción de improcedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular por incumplir los requisitos de ley³.

² Documento: demanda.

³ Documento: contestación.



Mediante auto de 11 de febrero de 2021, el *a quo* requirió a la Clínica de la Mujer para que informara ¿si José Lisímaco Velandia Romero fue atendido como paciente particular, por servicio de urgencias, por consulta externa o remitido por la entidad aseguradora?, ¿si realizó el proceso de verificación de derechos del usuario?, ¿si hace parte de la red de prestadoras de FAMISANAR EPS?, ¿si alguno de los familiares del actor informó su afiliación a dicha EPS?, ¿si informó a FAMISANAR EPS el ingreso del demandante? y, ¿si realizó el proceso de referencia y contrarreferencia del paciente?⁴.

La Clínica de la Mujer S.A.S. contestó que el accionante ingresó por servicio de urgencias como paciente particular, verificó su afiliación a FAMISANAR EPS como requisito de ingreso, la Clínica de la Mujer no hace parte de la red de prestadoras de la EPS enjuiciada; con el paso de los días, los familiares del paciente solicitaron que su trámite pasara a la EPS, como se realizó, no hubo protocolo de remisión, empero, el demandante ingresó a UCI por Decreto 538 de 2020 y se notificó su ingreso al CRUE⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación accedió a la pretensión de José Lisímaco Velandia Romero, ordenando a FAMISANAR EPS pagar al actor \$23'408.230.00, en el

⁴ Documento: auto admisorio.

⁵ Documento: respuesta Clínica de la Mujer.



término de cinco (05) días contados a partir de la ejecutoria de la providencia⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, FAMISANAR EPS interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que garantizó el acceso a los servicios de salud del demandante generando las correspondientes autorizaciones, atendiendo la patología que presentaba, por ello, no hubo negación alguna; adicionalmente, la solicitud de reembolso fue extemporánea, tampoco se adjuntó el recibo de pago, siendo improcedente en los términos del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1992; tampoco se observa desde el área de referencia que CAFAM FLORETA hubiese solicitado remisión, ni aparecían peticiones de remisión en el SDS CRUE, como lo indicó el artículo 120 del Decreto 019 de 2012; en este orden, no hubo negación de servicios por la EPS, pues, no existió incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada, se generaron todas las autorizaciones conforme a los servicios ordenados por los médicos tratantes, siendo los familiares del paciente quienes decidieron sacarlo voluntariamente, llevarlo a la Clínica de la Mujer donde les ofrecieron la UCI de manera particular, cancelándola de 28 a 30 de julio de 2020 y, solo después de esa calenda, pidieron la autorización del servicio, que efectivamente se autorizó, en este orden, el reembolso no está enmarcado en las causales definidas por la Resolución 5261 de 1994, en consecuencia, peticionó se desestimen las pretensiones del demandante⁷.

⁶ Documento: Expediente digital, páginas 21 a 73.

⁷ Documento: recurso de apelación.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Con arreglo al artículo 49 Constitucional, se garantiza a todos los ciudadanos el acceso a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud.

A su vez, en los términos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 *“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”*.

Y, según el artículo 6^º de la Resolución 3512 de 27 de diciembre de 2019, la cobertura de servicios, procedimientos y medicamentos del Plan de Beneficios en Salud estará a cargo de la UPC conforme a los anexos 1, 2 y 3 de dicho acto administrativo.

El último precepto en cita permite colegir, que corresponde a las EPS garantizar la entrega efectiva y oportuna de los servicios, procedimientos y medicamentos que hacen parte del plan de beneficios con cargo a la UPC.

⁸ ARTÍCULO 6. DESCRIPCIÓN DE LA COBERTURA DE LOS SERVICIOS Y PROCEDIMIENTOS. La cobertura de procedimientos y servicios del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, se describe en términos de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) y se consideran cubiertas todas las tecnologías en salud (servicios y procedimientos) descritas en el articulado y los Anexos 2 y 3 del presente acto administrativo. Se consideran cubiertas todas las subcategorías que conforman cada una de las categorías descritas en el Anexo 2 *“Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”* del presente acto administrativo, salvo aquellas referidas como no cubiertas en la nota aclaratoria y las que corresponden a un ámbito diferente al de salud.
PARÁGRAFO. La cobertura del *“Listado de Procedimientos de Laboratorio Clínico del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”*, se describe en subcategorías de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS). Las subcategorías cubiertas son las que están indicadas en el Anexo 3 que hace parte integral del presente acto administrativo.



En punto al tema de la dilación injustificada en el suministro de procedimientos y medicamentos, la Doctrina Constitucional ha explicado que implica que el tratamiento ordenado al paciente se suspenda o no se inicie de manera oportuna y en esa medida se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario. Por ello, la entrega tardía o inoportuna de los servicios, procedimientos y medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud. Bajo esta perspectiva, los derechos de los usuarios se vulneran cuando existen obstáculos o barreras injustificadas, que impiden al paciente acceder a los servicios de salud o al suministro de los medicamentos⁹.

Y, en cuanto al tratamiento integral ha precisado que tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud. *“Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”*. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en *“asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”*, asimismo, por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones dejando en riesgo los derechos fundamentales del paciente; (ii) se trate de sujeto de especial protección constitucional - menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas-; y, (iii) personas que *“exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”*¹⁰.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T – 098 de 26 de febrero de 2016 y sentencia SU – 508 de 07 de diciembre de 2020.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T – 259 de 2019.



A su vez, en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar mediante proceso verbal sumario el *“reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

Con arreglo al precepto en cita, cuando se pretende el reembolso de gastos en que haya incurrido un afiliado por atención médica, éstos deben corresponder a *“urgencias”* y *“atención de urgencias”*, definidas por los artículos 9º y 10º de la Resolución 5261 de 1994 del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud:

“URGENCIA. *Es la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.*

“ATENCION DE URGENCIAS. *La atención de urgencias comprende la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia. Todas las entidades o establecimientos públicos o privados, que presten servicios de consulta de urgencias, atenderán obligatoriamente estos casos en su fase inicial aún sin convenio o autorización de la E.P.S. respectiva o aún en el caso de personas no afiliados al sistema.*

“Las urgencias se atenderán en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesario autorización previa de la E.P.S. o remisión, como tampoco el pago de cuotas moderadoras. La I.P.S. que presta el servicio recibirá de la E.P.S. el pago correspondiente con base en las tarifas pactadas o con las establecidas para el S.O.A.T. En todo caso es el médico quien define esta condición y cuando el paciente utilice estos



*servicios sin ser una urgencia deberá pagar el valor total de la atención.
(...)"*

Adicionalmente procede el reembolso cuando se presenta incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones del usuario.

En el asunto, no fue objeto de discusión que José Lisímaco Velandia para la fecha en que se prestó el servicio objeto de recobro se encontraba afiliado a FAMISANAR EPS S.A.S., siendo beneficiario de sus servicios de salud.

En este orden, corresponde a la Sala establecer (i) si las afecciones padecidas por el demandante configuraron una "urgencia", (ii) si los gastos cuyo reembolso reclama se ajustan al concepto "atención de urgencias", o (iii) si se presentó **incapacidad**, imposibilidad, **negativa injustificada** o **negligencia** de la EPS enjuiciada en la designación de la IPS para la realización del procedimiento.

Cabe señalar, que la "integridad física, funcional y/o psíquica", referida por el artículo 9º de la Resolución 5261 de 1994, se debe considerar sencillamente como un estado de salud en estándares de normalidad, bajo este entendimiento se concluye que cualquier variación negativa de dicha condición, respecto de la cual resulte previsible la afectación de la vida o funcionalidad de la persona, sin importar el grado de severidad, constituye un suceso equiparable a una "urgencia", susceptible de atención inmediata y seguimiento por la EPS a la cual se encuentre afiliado.



En este sentido, en el *examine*, se acreditó que Lisímaco Velandia padece diabetes mellitus 2 – insulino requiriente, hipertensión y obesidad, según se colige de las historias clínicas expedidas por la Clínica de la Mujer y la Clínica Cafam Floresta¹¹, por ello, el asegurado se encontraba en uno de los grupos de mayor riesgo en el contagio del virus SARS – CoV – 2 o COVID – 19¹², requiriendo mayor protección, atención integral y suministro de servicios en caso de contagiarse.

El 25 de julio de 2020, el accionante ingresó por urgencias a la Clínica Cafam Floresta, IPS adscrita a la red de prestadoras de FAMISANAR EPS, paciente diagnosticado con infección aguda no especificada de las vías respiratorias inferiores con sospecha de COVID – 19; el siguiente día 26, fue diagnosticado con neumonía no especificada, ordenando el médico tratante su traslado a medicina interna, iniciando el proceso de referencia, sin embargo, transcurridos dos días, la IPS continuaba con el trámite y el paciente estaba pendiente de ubicación por parte de la enjuiciada o la Secretaria de Salud, según se colige de la historia clínica emitida por la IPS en cita¹³.

El 28 de julio de 2020, el demandante, a través de sus familiares, decidió contratar el servicio de ambulancia medicalizada y fue trasladado de manera particular a la Clínica de la Mujer, institución en la que, en igual calenda, ingresó por urgencias de manera particular a las 10:35 p.m., diagnosticado con COVID – 19, encontrándose en “*muy malas condiciones generales, alerta, polipneico, uso de músculos respiratorios accesorios, disociación torácico*” y; a las 11:57 p.m., el paciente presentó falla respiratoria aguda

¹¹ Documentos: anexos de la demanda y contestación.

¹² Como lo estableció el Ministerio de Salud en Resoluciones 385 y 464 de 2020.

¹³ Documentos: anexos de la demanda y contestación.



hipoxémica con inminencia de paro respiratorio y con deterioro severo de oxigenación, por lo que, fue ingresado a la unidad de cuidados intensivos y se le realizó intubación orotraqueal, modificándose el diagnóstico a neumonía multilobar de probable etiología viral, permaneciendo en UCI hasta el 07 de agosto de ese año; hospitalizado hasta el siguiente día 10, como da cuenta la historia clínica emitida por dicha institución¹⁴.

En este orden, las afecciones padecidas por José Lisímaco Velandía configuraron una urgencia, su salud estaba afectada gravemente para llevar a cabo la vida en condiciones normales, pues, tenía una falla respiratoria aguda con inminencia de paro respiratorio y padecimiento de varias comorbilidades e, infectado por COVID - 19, siendo necesario y prioritario su atención por medicina interna e, ingresado a la unidad de cuidados intensivos, en este orden, era inminente la necesidad del servicio, de lo contrario se ponía en riesgo la vida del paciente.

Siendo ello así, FAMISANAR EPS debió garantizar el acceso y/o suministro de todos los servicios médicos – servicios, medicamentos, insumos, procedimientos, etc. -, de manera oportuna y completa por los especialistas que ameritaba el caso, así como los procedimientos médicos requeridos para atender el cuadro clínico del paciente, por ende, hubo incapacidad y negativa injustificada en la prestación del servicio, en tanto, la EPS conocía del diagnóstico del paciente e, inició el proceso de referencia desde el 26 de julio de 2020 para su traslado, ya que, la IPS Clínica Cafam Floresta no contaba con el servicio de medicina interna, empero, transcurrieron dos días sin que se brindara el servicio que se necesitaba, por problemas administrativos, simplemente

¹⁴ Documentos: respuesta clínica de la Mujer y anexos demanda.



volvió a iniciar el proceso de referencia el 28 de julio de ese año, incumpliendo sus obligaciones respecto de la efectiva prestación de servicios de salud, por ende, los gastos en que incurrió Lisímaco Velandia para su atención son susceptibles de reembolso dada su inminencia de muerte, equivalentes a \$23'408.230.00¹⁵, en este sentido, se confirmará la sentencia apelada.

En lo atinente al término de 15 días establecido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 para solicitar el reembolso, cabe señalar, que la petición de reembolso de José Lisímaco Velandia fue presentada el 07 de agosto de 2020, esto es, el día octavo desde el suministro del servicio, a través del hijo, quién reclamó la razón de la anulación de la cobertura de los servicios de 28 a 30 de julio de esa anualidad, recibiendo respuesta negativa dado el ingreso particular, además que se había informado la solicitud de autorización del servicio hasta el día 31 de los referidos mes y año¹⁶, en este orden, la petición fue presentada dentro del término legal.

En adición a lo anterior, la enjuiciada tenía conocimiento de la necesidad del traslado del servicio, sin que pueda argüir que solo hasta el 31 de julio de 2020 se enteró que debía autorizar el traslado, cuando la IPS de la red prestadora lo estaba solicitando desde el día 26 de los referidos mes y año, asimismo, la petición de reembolso también fue presentada por el demandante una vez dado de alta en el término legal, esto es, el 26 de agosto siguiente, calenda en que además, anexó la factura e historia clínica emitidas por la Clínica de la Mujer¹⁷, fecha en que había transcurrido solo 11 días hábiles desde su egreso, por ende, la solicitud no fue extemporánea.

¹⁵ CD folio 36A.

¹⁶ Documento: anexo demanda.

¹⁷ Documento: anexos contestación.



De lo expuesto se sigue, confirmar la decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE OLGA STELLA LOZANO
MUSSA CONTRA COMPENSAR EPS S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, la Magistrada Sustanciadora en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, emite la siguiente,

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la EPS demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 23 de diciembre de 2021, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹.

¹ Folios 97 a 108.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se ordene a la EPS enjuiciada realizar de manera inmediata todos los exámenes, cirugías, procedimientos, intervenciones y lo que requiera desde la disciplina médica conforme a su historia clínica, la *lex artix* y lo prescrito por los profesionales de salud para preservar su vida, salud e integridad física y, emocional. Al reformar la solicitud petitionó que se ordenara a COMPENSAR EPS pagar \$15'745.400.00 como honorarios profesionales del cirujano, gastos de cirugía y, práctica del examen del COVID - 19, debidamente indexados a la fecha de pago.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que cuenta con 62 años de edad; el 13 de enero de 2020 el especialista de cirugía en cabeza y cuello adscrito a COMPENSAR EPS S.A., Doctor Juan Francisco Zambrano le diagnosticó tumor maligno en la glándula tiroides, ordenando una tiroidectomía total más vaciamiento mediastinal y vaciamiento radical de cuello derecho, a realizar en la Clínica del Country y, el trámite para cirugía inmediata atendiendo la complejidad de su situación, en especial el riesgo de dejar transcurrir el tiempo; en igual calenda, solicitó a la enjuiciada la autorización del procedimiento quirúrgico; el 15 de enero siguiente, COMPENSAR EPS S.A. le informó telefónicamente que el doctor Juan Francisco Zambrano no podía adelantar el procedimiento, ni en la clínica que él había ordenado, negando la prestación del servicio complementario de salud, pues, la intervención quirúrgica se adelantaría a través del plan de beneficios de salud, retrasando la fecha del procedimiento, reemplazó al médico tratante, cambio el lugar y las condiciones de la cirugía, sin practicar la cirugía por negligencia de EPS demandada, empeorando su estado de salud, generando ansiedad y



preocupación; rogó por su atención médica necesaria y extremadamente urgente; la EPS le agendó cita con el especialista en cirugía de cabeza y cuello Doctor Juan Carlos Fonseca Alarcón, quien la remitió de manera inmediata al anesthesiólogo Doctor Carlos Jaime Hurtado; el 25 de febrero de 2020, suscribió el consentimiento informado; el 17 de marzo siguiente, COMPENSAR EPS S.A. le entregó la orden de cirugía N° OC294828 suscrita por el Doctor Fonseca Alarcón; el 18 de mayo de ese año, la enjuiciada le informó que el especialista ya no trabajaba con ellos y que debía pedir cita con el profesional Giovanni Bonilla para iniciar nuevamente el proceso, la toma de exámenes y valoraciones; al tratar de agendar la cita, le indicaron que en el mejor de los casos y aun acudiendo a la interposición de demandas o acciones constitucionales no habría posibilidad de que los procedimientos le fueran practicados con antelación a dos meses, circunstancia que le generó ansiedad y preocupación; la evolución del tumor maligno llevaba más de 18 meses; se le negó la prestación de servicio².

En la reforma a la solicitud, manifestó que solicitó a la enjuiciada la prueba de COVID – 19 para proceder a la intervención quirúrgica, pero, la accionada en forma negligente no la hizo, por ende, la canceló de manera privada, entonces pretende el reembolso de \$200.000.00; dado el silencio de la EPS decidió endeudarse y pagar \$10'000.000.00 como honorarios profesionales al Doctor Juan Francisco Zambrano para la práctica inmediata de los procedimientos quirúrgicos, asimismo, sufragó \$5'545.400.00 al equipo médico cirujano; le efectuaron los procedimientos necesarios, ha estado guardando reposo en su casa atenta al proceso posquirúrgico para lograr su pronta recuperación; COMPENSAR EPS S.A. no se ha comunicado con ella³.

² Folios 1 a 2.

³ Folios 53 a 56.



CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

Al responder la solicitud inicial, COMPENSAR EPS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sin referirse específicamente a cada hecho, adujo que la accionante se encuentra activa en el plan de beneficios de salud, en calidad de cónyuge beneficiaria de Héctor Armando Gómez Rodríguez desde 11 de mayo de 2012 y, vinculada al plan complementario de salud desde 01 de septiembre de 2018; la EPS asume los gastos relacionados con la práctica de procedimiento dentro de las IPS adscritas a la red de prestadores del plan de beneficios de salud y, no del plan complementario de salud, además, la entidad le ha prestado oportuna y completamente todos los servicios; los antecedentes médicos de la paciente se remontan a septiembre de 2016, siendo un diagnóstico preexistente a su afiliación al plan complementario, por ello, no hay lugar a que los servicios que requiere sean cubiertos por el plan complementario de salud, estando a cargo del plan de beneficios de salud, en este orden, en febrero de 2020 autorizó el procedimiento tiroidectomía más vaciamiento linfático para que se efectuara la cirugía en la Clínica Los Cobos, por lo que, estimó que se programaría el procedimiento en los días siguientes, atendiendo las directrices del Ministerio de Salud y Protección Social para contrarrestar la pandemia. En su defensa propuso la excepción de improcedencia de la demanda, no existen circunstancias de vulneración al derecho a la salud⁴.

Mediante providencia de 25 de junio de 2021, esta Corporación declaró la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia,

⁴ Folios 16 a 19.



ordenando al Juzgador de Conocimiento pronunciarse sobre la reforma de la demanda⁵.

Con auto de 08 de septiembre de 2021, el *a quo* obedeció y cumplió lo resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y, admitió la reforma de la demanda⁶.

Al responder la reforma a la solicitud, COMPENSAR EPS S.A. rechazó la petición de reembolso, sin referirse específicamente a cada hecho, adujo que la accionante fue diagnosticada con cáncer de tiroides, siendo ordenado un procedimiento denominado tiroidectomía más vaciamiento linfático, que la demandante solicitó se autorizara en la Clínica Country con cargo al plan de atención complementario, sin embargo, no pudo ser realizado debido a una preexistencia comprobada, siendo aprobado para el 20 de junio de 2020, el servicio en la IPS Clínica Los Cobos con cargo al plan de beneficios de salud, empero, al comunicarse con Lozano Mussa, ésta indicó que desistía del procedimiento, porque ya se lo habían efectuado en la Clínica el Country, en este orden, la demandante optó por realizarse el procedimiento de forma particular, sin que haya existido negligencia de COMPENSAR EPS. En su defensa propuso las excepciones de improcedencia del reembolso por incumplimiento de las condiciones y por extemporaneidad de la solicitud, su buena fe y, genérica⁷.

⁵ Folios 85 a 88.

⁶ Folio 89 a 90.

⁷ CD folio 127.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación accedió parcialmente a las pretensiones de Olga Stella Lozano Mussa, ordenando a COMPENSAR EPS pagar a la actora \$15´745.400.00, como reconocimiento económico por los gastos de la realización y procedimientos de tiroidectomía total vía abierta más vaciamiento linfático radical o radical modificado de cuello unilateral vía abierta; declaró que la pretensión de cobertura de la demanda inicial presenta carencia actual de objeto por hecho superado⁸.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, COMPENSAR EPS interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que no negó el servicio de tiroidectomía total + vaciamiento ganglionar, asignando cita por primera vez para el 21 de mayo de 2020 y, programando el procedimiento para el 20 de junio siguiente, cancelado por solicitud de la usuaria, anotando que ésta no aceptó el trámite con cobertura por plan de beneficios de salud, tampoco se evidenció que fuera una urgencia vital, en este orden, no se cumplieron los requisitos del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 al no haber negado el servicio, tampoco se comprobó la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en brindar los servicios de salud requeridos, pues, fue la demandante de manera libre y voluntaria quien adquirió el servicio de manera particular, adicionalmente, COMPENSAR EPS tiene a

⁸ Folios 97 a 108.



disposición una amplia red de profesionales que es idónea y cuenta con la capacidad profesional y tecnológica para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación⁹.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Con arreglo al artículo 49 Constitucional, se garantiza a todos los ciudadanos el acceso a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud.

A su vez, en los términos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 *“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”*.

Y, según el artículo 6¹⁰ de la Resolución 3512 de 27 de diciembre de 2019, la cobertura de servicios, procedimientos y medicamentos del Plan de Beneficios en Salud estará a cargo de la UPC conforme a los anexos 1, 2 y 3 de dicho acto administrativo.

⁹ CD folio 127.

¹⁰ ARTÍCULO 6. DESCRIPCIÓN DE LA COBERTURA DE LOS SERVICIOS Y PROCEDIMIENTOS. La cobertura de procedimientos y servicios del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, se describe en términos de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) y se consideran cubiertas todas las tecnologías en salud (servicios y procedimientos) descritas en el articulado y los Anexos 2 y 3 del presente acto administrativo. Se consideran cubiertas todas las subcategorías que conforman cada una de las categorías descritas en el Anexo 2 “Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC” del presente acto administrativo, salvo aquellas referidas como no cubiertas en la nota aclaratoria y las que corresponden a un ámbito diferente al de salud.

PARÁGRAFO. La cobertura del “Listado de Procedimientos de Laboratorio Clínico del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”, se describe en subcategorías de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS). Las subcategorías cubiertas son las que están indicadas en el Anexo 3 que hace parte integral del presente acto administrativo.



El último precepto en cita permite colegir, que corresponde a las EPS garantizar la entrega efectiva y oportuna de los servicios, procedimientos y medicamentos que hacen parte del plan de beneficios con cargo a la UPC.

En punto al tema de la dilación injustificada en el suministro de procedimientos y medicamentos, la Doctrina Constitucional ha explicado que implica que el tratamiento ordenado al paciente se suspenda o no se inicie de manera oportuna y en esa medida se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario. Por ello, la entrega tardía o inoportuna de los servicios, procedimientos y medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud. Bajo esta perspectiva, los derechos de los usuarios se vulneran cuando existen obstáculos o barreras injustificadas, que impiden al paciente acceder a los servicios de salud o al suministro de los medicamentos¹¹.

Y, en cuanto al tratamiento integral ha precisado que tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud. *“Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”*. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en *“asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”*, asimismo, por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones dejando en riesgo los derechos fundamentales del paciente; (ii) se trate de sujeto de especial protección constitucional -

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T – 098 de 26 de febrero de 2016 y sentencia SU – 508 de 07 de diciembre de 2020.



menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas-; y, (iii) personas que “*exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas*”¹².

En el *examine*, se acreditó que Olga Stella Lozano Mussa es beneficiaria del servicio de salud de COMPENSAR EPS, usuaria que el 13 de enero de 2020 fue diagnosticada con carcinoma de tiroides o, tumor maligno de la glándula tiroides; el 04 de febrero de ese año, se ordenó el procedimiento de tiroidectomía total vía abierta y vaciamiento linfático radical o radical modificado de cuello unilateral vía abierta; el 21 de mayo de 2020, le asignaron nuevo especialista, quien reiteró la orden de cirugía, quedando programada para el 09 de junio siguiente, situaciones fácticas que se coligen de las historias clínicas expedidas por la enjuiciada¹³.

El 02 de junio de 2020, la demandante decidió contratar el servicio de manera particular en la Clínica del Country, efectuando examen de COVID – 19 y el procedimiento de tiroidectomía total más vaciamiento radical de cuello derecho, como da cuenta la historia clínica emitida por dicha institución¹⁴.

Siendo ello así, COMPENSAR EPS debió garantizar el acceso y/o suministro de todos los servicios médicos – servicios, medicamentos, insumos, procedimientos, etc. -, de manera oportuna y completa por los especialistas que ameritaba el caso, así como los procedimientos

¹² Corte Constitucional, Sentencia T – 259 de 2019.

¹³ Folios 3 a 5, 32 a 44 y CD folio 127.

¹⁴ Folios 57, 58, 59, 65 a 67 y CD folio 127.



médicos requeridos para atender el cuadro clínico de la paciente, empero, la EPS enjuiciada no lo hizo de manera oportuna, pues, pese a que las patologías de la beneficiaria revestían gravedad al tratarse de un tumor maligno, trascurrieron 06 meses sin que practicara el procedimiento ordenado el 04 de febrero de 2020.

Situación que evidencia el incumplimiento de las obligaciones legales de aseguramiento en salud de los artículos 47 de la Ley 1122 de 2007 y 12 y 13 de la Ley 1171 de ese año al no haber garantizado a la usuaria el tratamiento médico quirúrgico para el cáncer papilar de tiroides, ni la prestación efectiva en salud, pues, solo autorizó el servicio, pero, nunca lo materializó, constituyendo una conducta negligente, de negativa injustificada e inoportuna de la EPS contra una persona de doble protección especial constitucional reforzada (adulto mayor con diagnóstico de cáncer), según indicó el informe técnico del médico de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹⁵.

De lo expuesto se sigue, que COMPENSAR EPS incumplió su obligación de suministrar a la demandante de manera oportuna los servicios que requería, poniendo en riesgo la vida del paciente, con afectación de sus derechos a la salud y a la vida, por ello, procede el reembolso solicitado.

¹⁵ Folio 107 vuelto.



En lo atinente al término establecido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, conviene aclarar, que la atención de Lozano Mussa no se trató de una atención inicial de urgencias o atención de urgencias, sino del incumplimiento en brindar el tratamiento oportuno e integral que requería, por ende, no es dable verificar si la solicitud de reembolso cumplía los requisitos de la normatividad en cita.

De lo expuesto se sigue, confirmar la decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

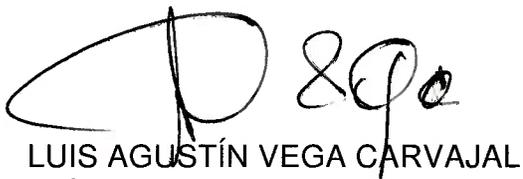


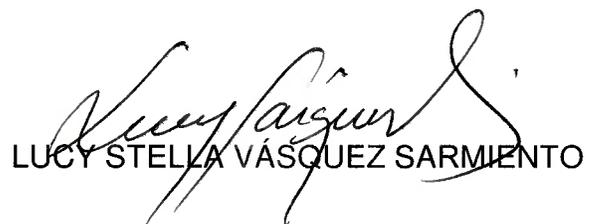
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 2020 00567 02
Sumario de Olga Stella Lozano Mussa Vs. EPS Compensar

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE PEDRO ANTONIO PULIDO PINZÓN CONTRA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 29 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente de 01 de febrero de 1984 a 15 de octubre de 2015, vinculó finalizado por la Fundación Universitaria San Martín de manera unilateral e injusta, en consecuencia, se le reconozcan salarios de junio de 2014 a octubre de 2015, auxilio de cesantías con intereses doblados, primas de servicios, aportes a pensión, salud y ARL, indemnización por despido injusto, moratoria, indexación, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que de 01 de febrero de 1984 a 15 de octubre de 2015, laboró para la Fundación Universitaria San Martín de manera personal, bajo continuidad subordinación, en los cargos de Coordinador de la Clínica de Fontibón desde 1987, Docente de la Clínica Prado Veraniego a partir de 2001, Coordinador de la Clínica Gloria Orozco de Alvear desde 2006, Coordinador Pedagógico de la Facultad de Odontología a partir de 2012 y, Coordinador Prado Veraniego desde 2013, con un último salario mensual de \$3'813.480.00; suscribió contrato de prestación de servicios desde el inicio, pese a que cumplía el horario impuesto por la fundación, los reglamentos, órdenes establecidas e instrucciones de sus superiores jerárquicos, entre ellos, Antonio Salazar, Jefe del Departamento de Rehabilitación, Oscar Hormiga y Roger Ruiz, Decanos de la institución; la labor que desarrolló fue inherente a la actividad económica y social de la fundación, utilizando los recursos suministrados y de propiedad de la enjuiciada como teléfonos, computadores, fax, sillas, mesas, entre otros; la institución educativa convocada incumplió de manera sistemática e injustificada el pago de



salarios de junio de 2014 a octubre de 2015; no le canceló prestaciones sociales, ni descansos remunerados, durante la vinculación laboral, tampoco lo afilió ni cotizó a pensión, a salud o, ARL, ni a caja de compensación familiar; solicitó el pago de las acreencias laborales pendientes, recibiendo respuesta con comunicación de 06 de octubre de 2016, pero, sin un pronunciamiento expreso, claro y completo¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de 29 de mayo de 2015, el *a quo* dio por no contestada la demanda por la Fundación Universitaria San Martín².

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Pedro Antonio Pulido Pinzón y la Fundación Universitaria San Martín existieron Varios contratos de trabajo, así, a término fijo, vigentes de: 01 de febrero a 05 de julio y de 01 de agosto a 31 de diciembre de 1984, 15 de enero a 31 de diciembre de 1985, 21 de enero a 31 de diciembre de 1986, 13 de enero a 31 de diciembre de 1987, 12 de enero a 31 de julio de 1988, 01 de enero a 30 de junio de 1989, 16 a enero a 31 de diciembre de 1990, 16 de enero a 31 de diciembre de 1991, 13 de enero a 31 de diciembre de 1992 y, a término indefinido, vigentes de: 01 de enero a 31 de

¹ CD folio 2, carpeta 07, documento 01, páginas 163 a 178.

² CD folio 2, carpeta 07, documento 01, páginas 277 a 278.



diciembre de 1993 y, de 15 de enero de 1996 a 21 de junio de 2015, con los ingresos que enunció; condenó a la enjuiciada a pagar al demandante los salarios adeudados de septiembre de 2014 a junio de 2015, el saldo de las prestaciones sociales de 1996 a 2002, auxilio de cesantías con intereses y sanción por falta de pago y, primas de servicios, de 2003 a 2015, indemnización por despido injusto, moratoria a partir de 21 de junio de 2015 hasta cuando se haga efectivo el pago, correspondiente a intereses de mora a la tasa máxima fijada por la Superfinanciera, a cancelar a COLPENSIONES los aportes de seguridad social en pensión en los lapsos y con el IBC del cuadro inserto; absolvió a la Fundación Universitaria San Martín de las demás pretensiones; impuso costas a la enjuiciada³.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, el convocante a juicio y la Institución demandada interpusieron sendos recursos de apelación⁴.

Pedro Antonio Pulido Pinzón en resumen expuso, que las pruebas aportadas, el dicho de los testigos y, lo manifestado por el Representante Legal de la enjuiciada acreditan la prestación de sus servicios personales subordinados como trabajador de la enjuiciada en Bogotá, de 01 de febrero de 1984 a 15 de octubre de 2015, ocupando diferentes cargos, sin que ello sea óbice para reconocer derechos y desconocer que lo fue de manera continua e

³ CD folio 2, audio de 29 de septiembre de 2021 y Acta de Audiencia.

⁴ CD folio 2, audio de 29 de septiembre de 2021 y Acta de Audiencia.



ininterrumpida, incluso acreditó que laboró de 1994 a 1995 con el testimonio recibido y el reconocimiento otorgado por 20 años de labor como docente expedido el 08 de mayo de 2003, además, a la convocada le correspondía demostrar que canceló los servicios de 1994 a 1995, en este orden, no hubo solución de continuidad, sin que sea dable determinar la existencia de diferentes relaciones laborales de acuerdo a la denominación dada, hubo una única vinculación, siendo procedente el pago de auxilio de cesantías de manera retroactiva o con el régimen tradicional y la sanción correspondiente, pues, laboraba antes de la expedición de la Ley 50 de 1990; además, la accionada actuó sistemáticamente de mala fe; demostró que laboró de julio a 15 de octubre de 2015, como lo corroboró el deponente y lo confesó el Representante Legal de la enjuiciada, en consecuencia, solicitó declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente de febrero de 1984 a octubre de 2015, sin solución de continuidad, con el pago de prestaciones sociales, aportes pensionales y las cesantías del régimen tradicional.

La Fundación Universitaria San Martín en suma arguyó, que los testimonios y el interrogatorio de parte practicados, evidencian que el convocante prestó servicios de manera continua en el cargo de docente, actividades propias enmarcadas en el artículo 101 del CST, que no requerían formalidad escrita del periodo académico, sino que se reflejan en un contrato verbal o de otras modalidades, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, por ende, se debe declarar la existencia de múltiples contratos laborales de docencia de 1996 a 2015, como consecuencia de esta declaración solicitó reajustar y reliquidación las acreencias laborales, así como la indemnización por despido injusto; en cuanto a la sanción moratoria o intereses



bancarios se debe tener en cuenta que es de publico conocimiento la situación en que se encuentra la fundación y los alcances de la Resolución 1702 de 2015, en este orden, no ha actuado de mala fe, ni tuvo la intención de omitir total o parcialmente el pago de las acreencias, sino que la institución carece de capacidad de pago; en los múltiples contratos de prestación de servicios el demandante no presentó reclamación alguna.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Pedro Antonio Pulido Pinzón afirma que prestó servicios a la Fundación demandada en forma personal, bajo continuada subordinación y dependencia, mediante contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 01 de febrero de 1984 a 15 de octubre de 2015, con una remuneración final de \$3'813.480.00, siendo su último cargo el de Coordinador Prado Veraniego⁵.

La Fundación Universitaria San Martín en su recurso, asevera que existieron múltiples contratos de docencia regidos por el artículo 101 del CST⁶.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

⁵ CD folio 2, carpeta 07, documento 01, páginas 163 a 178.

⁶ CD folio 2, audio de 29 de septiembre de 2021 y Acta de Audiencia.



CONTRATO DE TRABAJO

Con arreglo al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: (i) la actividad personal del trabajador, (ii) la continuada subordinación o dependencia de éste respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución del servicio.

En los términos del artículo 24 del ordenamiento en cita, se presume que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por una vinculación contractual laboral, tema sobre el que la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, ha explicado que probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación⁷.

Al instructivo se aportaron los siguientes documentos: (i) certificados de existencia y representación legal de la Fundación Universitaria San Martín⁸; (ii) 10 contratos de trabajo a término fijo suscrito entre Pedro Antonio Pulido Pinzón y la institución enjuiciada, con las siguientes vigencias, cargos y salarios: a) 01 de febrero a 15 de julio de 1984, Profesor, salario mensual de \$63.360.00⁹, b) 01 de agosto a 31 de diciembre de 1984, Profesor de la Clínica Integral, sueldo mensual de \$92.160.00¹⁰, c) 15 de enero a 31 de diciembre de 1985, Profesor,

⁷CSJ, Sala Laboral, Sentencia 44519 de 29 de julio de 2015. *“Es de reiterar por la Sala que, conforme al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario; de acuerdo con el artículo 24 ibídem, probada la prestación personal del servicio, se presume la subordinación; sin embargo, cuando se logra demostrar que, en el desarrollo de la relación, el contratista realmente tuvo la autonomía para disponer si la prestación del servicio la realizaba personalmente o a través de otra persona, la subordinación desaparece, dado que el primer elemento de la relación laboral, en este caso, no fue esencial en el contrato que ligó a las partes”* (Negrilla fuera de texto).

⁸ CD Folio 2, documento: 07, páginas 3 a 5.

⁹ CD Folio 2, documento: 07, página 181 a 183.

¹⁰ CD Folio 2, documento: 07, página 185 a 186.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00059 02
Ord. Pedro Antonio Pulido Pinzón Vs. Fundación Universitaria San Martín

remuneración mensual de \$92.610.00¹¹, d) 21 de enero a 31 de diciembre de 1986, Profesor de Clínica, salario mensual de \$110.592.00¹², e) 13 de enero a 31 de diciembre de 1987, Coordinador, sueldo mensual de \$110.592.00¹³, f) 12 de enero a 31 de julio de 1988, Jefe del Departamento del Programa Extramural, remuneración mensual de \$127.180.80¹⁴, g) 01 de enero a 30 de junio de 1989, Jefe del Departamento del Programa Extramural, salario mensual de \$146.258.00¹⁵, h) 16 de enero a 31 de diciembre de 1990, Docente de Clínica, sueldo mensual de \$163.800.00¹⁶, i) 16 de enero a 31 de diciembre de 1991 Docente, remuneración mensual de \$183.450.00¹⁷ y, j) 13 de enero a 31 de diciembre de 1992, Docente, salario mensual de \$183.450.00¹⁸; (iii) comunicación de 21 de mayo de 1984 en que el Rector de la accionada informó al demandante que había sido elegido Representante del Consejo Académico¹⁹; (iv) misiva de 30 de enero de 1987 en que el convocante solicitó al Director de las Clínicas de la demandada una distribución mas equitativa para que todos los profesores quedaron con 07 horas semanales²⁰; (v) comunicaciones de 09 de julio de 1984, 24 de noviembre de 1985, 10 de noviembre de 1986, 11 de noviembre de 1987, 20 de noviembre de 1989, 27 de noviembre de 1991 y 24 de noviembre de 1992, en que la empleadora informó al actor que el contrato de trabajo fenecía, por lo que, se debía acercar a Tesorería a reclamar las prestaciones sociales²¹; (vi) liquidación final de 1984, 1985, 1986 y 1987²²; (vii) 08 contratos de prestación de servicios

¹¹ CD Folio 2, documento: 07, página 189 a 191.

¹² CD Folio 2, documento: 07, página 199 a 200.

¹³ CD Folio 2, documento: 07, página 205 a 208.

¹⁴ CD Folio 2, documento: 07, página 209 y 211 a 212.

¹⁵ CD Folio 2, documento: 07, página 213 a 215.

¹⁶ CD Folio 2, documento: 07, página 216 a 222.

¹⁷ CD Folio 2, documento: 07, página 223 a 225.

¹⁸ CD Folio 2, documento: 07, página 229 a 231.

¹⁹ CD Folio 2, documento: 07, página 6.

²⁰ CD Folio 2, documento: 07, página 7.

²¹ CD Folio 2, documento: 07, páginas 193, 198, 201, 208, 216, 228 y 233.

²² CD Folio 2, documento: 07, páginas 187, 195 197, 203 a 204 y 210.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00059 02
Ord. Pedro Antonio Pulido Pinzón Vs. Fundación Universitaria San Martín

suscritos entre las partes, para que el actor se desempeñara como Asesor Pedagógico, con las siguientes vigencias y honorarios: a) 01 de enero a 31 de diciembre de 1993, honorarios de \$256.140.00²³, b) 15 de enero a 31 de diciembre de 1996, honorarios de \$442.610.00²⁴, c) 14 de enero a 31 de diciembre de 1997, honorarios de \$531.123.00²⁵, d) 13 de enero a 31 de diciembre de 1998, honorarios de \$637.358.00²⁶, e) 12 de enero a 31 de diciembre de 1999, honorarios de \$1'325.790.00²⁷, f) 11 de enero a 31 de diciembre de 2000, honorarios de \$1'408.784.00²⁸, g) 16 de enero a 31 de diciembre de 2001, honorarios de \$2'079.223.00²⁹ y, (h) 14 de enero a 30 de julio de 2002, honorarios de \$2'079.223.00³⁰; (viii) solicitudes de 07 de febrero de 2001 y 26 de junio de 2003, en que Pulido Pinzón petitionó a la accionada incrementos por antigüedad³¹; (ix) constancias de abono de liquidación de 15 de noviembre de 2000, así como 12 y 26 de julio de 2002, dando cuenta que la demandada abonó al accionante \$15'000.000.00³²; (x) compromiso de no atender otros asuntos personales durante su gestión, suscrito por Pulido Pinzón el 20 de enero de 2001³³; (xi) comunicación de 11 de julio de 2002 en que el Decano de la Facultad de Odontología informó al Director de Recursos Humanos, que el convocante sería trasladado a Villavicencio como Asesor y con la misma asignación mensual de \$2'079.223.00³⁴; (xii) diploma de 08 de mayo de 2003, en que el Consejo Académico de la Fundación Universitaria San Martín otorgó reconocimiento a Pedro Antonio Pulido Pinzón por 20 años de loable

²³ CD Folio 2, documento: 07, páginas 233 a 236.

²⁴ CD Folio 2, documento: 07, páginas 238 a 239.

²⁵ CD Folio 2, documento: 07, páginas 242 a 243.

²⁶ CD Folio 2, documento: 07, páginas 245 a 246.

²⁷ CD Folio 2, documento: 07, páginas 9 y 248 a 249.

²⁸ CD Folio 2, documento: 07, páginas 252 a 253.

²⁹ CD Folio 2, documento: 07, página 261.

³⁰ CD Folio 2, documento: 07, páginas 265 a 267.

³¹ CD Folio 2, documento: 07, páginas 9, 10 y 264.

³² CD Folio 2, documento: 07, páginas 262, 268 y 269.

³³ CD Folio 2, documento: 07, página 263.

³⁴ CD Folio 2, documento: 07, página 270.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00059 02
Ord. Pedro Antonio Pulido Pinzón Vs. Fundación Universitaria San Martín

labor como Docente para el crecimiento del programa de odontología³⁵; (xiii) premio a la excelencia de 25 de abril de 2005, concedido por la convocada al actor debido a su trayectoria y dedicación como docente³⁶; (xiv) 02 certificaciones de haber asistido a capacitación como docente y al congreso internacional de odontología integral en junio y octubre de 2010, respectivamente³⁷; (xv) extracto bancario de la cuenta de ahorros del demandante, expedido por Colpatria³⁸; (xvi) certificado de ingresos y retenciones de 2013³⁹; (xvii) comunicación de 08 de mayo de 2014, en que el Consejo Superior de Administración de la institución educativa informó a los docentes que esperaban ponerse al día con las obligaciones laborales, pues, estaban superando la crisis presentada⁴⁰; (xviii) carta de terminación de 21 de mayo de 2015, en que el Representante Legal de la Fundación Universitaria San Martín indicó a Pulido Pinzón como es de su conocimiento usted firmó un contrato de prestación de servicios el 14 de Enero de 2002 y que de acuerdo con la cláusula séptima *“El presente contrato se celebra por el término establecido en la primera parte de este contrato, pero las partes podrán darlo por terminado en cualquier momento dando aviso con (30) días de anticipación...”* // por lo anterior y teniendo en cuenta la situación financiera, administrativa y académica por la que atraviesa la Fundación Universitaria San Martín es imposible para esta situación continuar con sus servicios profesionales, teniendo en cuenta que las causas que dieron origen al mismo se extinguieron puesto que la reducción del número de alumnos y la imposibilidad de recibir nuevos, nos obliga a reducir los apoyos en temas administrativos para que sean proporcionales a la situación académica y financiera por la que atraviesa la fundación. // La terminación de este contrato se hace efectiva a partir de 21 de junio del presente año”⁴¹; (xix) certificaciones emitidas por los Directores de Relaciones Industriales y de Recursos

³⁵ CD Folio 2, documento: 07, página 11.

³⁶ CD Folio 2, documento: 07, página 14.

³⁷ CD Folio 2, documento: 07, páginas 15 y 16.

³⁸ CD Folio 2, documento: 07, páginas 17 a 24.

³⁹ CD Folio 2, documento: 07, página 276.

⁴⁰ CD Folio 2, documento: 07, página 25.

⁴¹ CD Folio 2, documento: 07, página 275.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00059 02
Ord. Pedro Antonio Pulido Pinzón Vs. Fundación Universitaria San Martín

Humanos de la Fundación demandada, en que consta que el convocante laboró como Profesor, Asesor Pedagógico, Coordinador Clínica de Adultos, Director de Departamento de Clínicas, Director Departamento Extramural y Coordinador en la Clínica de Fontibón desde 01 de febrero de 1984⁴²; (xx) reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES en que no aparece afiliación de la Fundación Universitaria San Martín al demandante⁴³; (xxi) constancia del Registro Único de Afiliados a la Protección Social – RUIAF, en que no figura vinculación por parte de la convocada respecto del actor⁴⁴; (xxii) formulario de identificación de acreedores, sin fecha⁴⁵; (xxiii) comunicación de 06 de octubre de 2016, en cuyos términos el Representante Legal de la accionada informó al demandante que no encontraron el proceso judicial cuyas pretensiones reclama como acreencia⁴⁶; (xxiv) certificación de 17 de enero de 2019 expedida por la Directora de Recursos Humanos relacionando los pagos realizados de enero de 2000 a septiembre de 2014⁴⁷ y; (xxv) memorando de 06 de marzo de 2020, en que la Directora de Recursos Humanos indica que no contaba con los comprobantes de pago de nómina y de seguridad social de 1984 a 1999⁴⁸.

También, se recibió el interrogatorio de parte del Representante Legal de la enjuiciada⁴⁹, así como el testimonio de Roger Ruíz Aguas⁵⁰.

⁴² CD Folio 2, documento: 07, páginas 188, 232, 237, 240, 241, 244, 247, 250, 255, 257, 260 y 266.

⁴³ CD Folio 2, documento: 07, páginas 27 a 42.

⁴⁴ CD Folio 2, documento: 07, páginas 271 a 273.

⁴⁵ CD Folio 2, documento: 07, páginas 43 a 45.

⁴⁶ CD Folio 2, documento: 07, página 46.

⁴⁷ CD Folio 2, documento: 07, página 179.

⁴⁸ CD Folio 2, documento: 04.

⁴⁹ CD Folio 2, audio 11, min. 10:07, dijo que el accionante prestó sus servicios de 01 de febrero de 1984 a 15 de octubre de 2015, conforme se observa en a carpeta tuvo más de 20 contratos, el primero estuvo vigente de 01 de febrero a 15 de julio de 1984, el segundo de agosto a diciembre de ese año, en 1985 también fue un contrato como docente pero de 15 de enero a 31 de diciembre de 1985, así consecutivamente más de 20 contratos, es decir, no fue un solo contrato sino que fueron varios contratos de docencia y coordinación de algunos años, además, los contratos iban terminando sobre todo los primeros y se iban liquidando las prestaciones sociales y demás para cada uno como lo fueron los de 1984, 1985, 1986, luego, en el 2002 la relación de contratos cambio por prestación de servicios, pero también fueron varios contratos; aceptó que fue sin solución de continuidad y hubo carta de terminación



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00059 02
Ord. Pedro Antonio Pulido Pinzón Vs. Fundación Universitaria San Martín

Los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir la prestación de servicios de Pedro Antonio Pulido Pinzón para la Fundación Universitaria San Martín, en los cargos de Profesor, Asesor Pedagógico, Coordinador Clínica de Adultos, Director de Departamento de Clínicas, Director Departamento Extramural y Coordinador en la Clínica de Fontibón, de 01 de febrero de 1984 a 31 de diciembre de 1992 y, de 15 de enero de 1996 a 21 de junio de

hasta el 21 de mayo de 2015, donde le informaron a Pedro Antonio Pulido Pinzón que trabajaba hasta el 21 de junio de 2015; en los contratos se le asignaron las funciones de coordinador, le parece que aparece ese cargo desde 1985, pero, la función que desempeñaba era de docente y de coordinador; el accionante era Coordinador Pedagógico de la facultad de odontología como se observa en uno de los contratos, también se observa en el contrato que dice Asesor Pedagógico, también obran algunas certificaciones que indican que era Coordinador; aceptó que la última suma como honorarios para agosto de 2014 era de \$3'813.480.00; no había manual de funciones que le permitiera identificar qué actividades ejercía el coordinador y trató de indagar al respecto, pero los funcionarios de la época ya no están en la institución, lo único que pudo identificar de los contratos era que como asesor pedagógico dictaba clases y coordinaba la presentación de notas; dijo que el convocante no recibía ordenes, pues, el cargo estaba enfocado en Docencia, entonces, simplemente cumplía con los programas académicos y desconoce si como coordinador recibía órdenes; niega que las actividades de coordinador fueran inherentes a la actividad económica y social de la fundación, pues, considera que era una función de asesoramiento pedagógico; indicó que las actividades de Pulido Pinzón estaba la de apoyar las actividades fuera de Bogotá, conforme a una certificación que hablaba sobre un programa extramural; hubo problemas en la nómina y el último pago se hizo al demandante fue en agosto de 2014 y la fecha de terminación fue 21 de junio de 2015, entonces, tampoco hubo pagos de junio a septiembre, además, debe tenerse en cuenta la intervención del Ministerio de Educación Nacional y en la Resolución 1702 de 2015 se impuso la orden de cesación de pagos a partir de 02 de febrero de 2015; sabe que existían salas de docentes, pero, no está seguro si para el caso del demandante tenía un lugar de trabajo, ya que, fue docente de varias clínicas y cuando llegó como Representante Legal los funcionarios de la facultad de odontología ya no estaban; la terminación del contrato se dio por las medidas de la Resolución 1702 de 2015, adicionalmente, la situación administrativa de la fundación estaba desordenada, desaparecieron la contabilidad y fue necesario cancelar contratos para reorganizar nuevamente la institución, por ello, el 21 de mayo de 2015 le dio por finalizado el contrato a Pulido Pinzón a partir de 21 de junio de ese año.

⁵⁰ CD Folio 2, audio 11, min. 32:38, depuso que también laboró para la Fundación Universitaria San Martín por el mismo periodo que el actor, el testigo era docente y cuando llegó, el demandante era coordinador de la clínica en la que el deponente laboraba, tenían dos jornadas una de 07:00 a.m. a 01:00 p.m. y la otra de 01:00 p.m. a 07:00 p.m. u 08:00 p.m., el testigo era docente y Pedro Antonio Pulido Pinzón era el coordinador de la clínica; el accionante empezó como docente, después fue coordinador de la clínica, recibía los listados de los estudiantes cuando iban a comenzar el semestre y le asignaba turnos a los estudiantes para que cumplieran con la cantidad de horas exigidas con la carga académica y asignaba un grupo de estudiantes a cada docente y se mantenía en la Clínica en las jornadas, otra función era que los docentes asistieran a su hornada, es decir, control de asistencia de docentes y estudiantes de la facultad de odontología; no recuerda la fecha en que fue coordinador, pero, siempre estuvo en la Clínica, ni cuándo continuo como docente pero si sabe que el demandante laboró de 1984 a 2015; como docente, la labor era hacer tutoría del grupo de estudiantes y hacer seguimiento de los procedimientos que el estudiante hacía sobre el paciente, revisar cada procedimiento y aprobarlo y al final del semestre recoger los frutos que eran los tratamientos que los estudiantes hacía a sus pacientes y el docente firmaba cada paso del estudiante, emitir notas, que se entregaban al coordinador de la clínica y éste lo remitía a secretaria académica, por ende, la presencia del docente era indispensable para el grupo de estudiantes; desconoce si el actor además de ser coordinador y docente se desempeñó en otro cargo; no recuerda hasta que mes Pulido Pinzón estuvo en la fundación, porque la enjuiciada entró en un déficit con cesación de pagos, cada quien iba presentando la renuncia y se iba retirando porque llevaban más de un año sin pagar desde agosto de 2014, entonces, lo que sabe es que el demandante estuvo hasta el 2015 por una conversación que tuvieron, pero, desconoce la calenda exacta; los superiores de el actor era el Coordinador de Clínica Miguel Villalobos, Antonio Salazar e, incluso el deponente cuando fue vicedecano y decano; la documentación sobre las funciones existe, además, la institución los tuvo con contratos laborales, pero, de manera unilateral decidió cambiarlos a contratos de prestación de servicios, pero, las condiciones eran las mismas, jornada de trabajo, subordinación y asignación mensual; cuando el testigo fue jefe del convocante, le exigía cumplir horario y las funciones establecidas, entregar las notas de los estudiantes que le pasaban los demás docentes como coordinador, asistir a reuniones, si se iba tenía que pedir permiso; el demandante tenía un escritorio y un archivador, papelería, lugar donde manejaba el registro de estudiantes y las comunicaciones que llegaban; el actor estuvo en la clínica de adultos de la calle 60, luego, en Fontibón, después, en la calle 13, en la clínica Villamizar, luego Fontibón; cree que estuvo un tiempo de docente, porque en el 2001 el deponente salió de decanatura, entonces, de 2003 a 2005 no estuvo en la decanatura y el decano era otro; el convocante estuvo vinculado de manera permanente; reitera que no recuerda de manera precisa la última vez que lo vio, pero, fue en la clínica Villamizar en 2014 o 2015; el deponente fue vicedecano de 1998 a 1999 y de agosto de 2000 a 2001 estuvo como decano; existían 04 clínicas, una en chapinero, una en Fontibón, una en la calle 80 y una en Villamizar, entonces, uno podía estar en la clínica y otro en la otra clínica; no leyó los contratos del demandante pero siempre eran iguales; desconoce si le cancelaron liquidaciones de contrato al convocante.



2015, labores que desarrolló a través de diversos contratos de trabajo y, en diferentes momentos; como dan cuenta las certificaciones laborales emitidas por los Directores de Relaciones Industriales y de Recursos Humanos de la Fundación demandada⁵¹, los contratos de trabajo suscritos por las partes⁵², las liquidaciones finales de 1984, 1985, 1986 y 1987⁵³, así como lo dicho por el deponente Roger Ruiz Aguas, quien indicó que el accionante fue Coordinador de Clínica teniendo a su cargo la programación de docentes y estudiantes de la Facultad de Odontología, cumpliendo órdenes incluso impuestas por el testigo de 1998 a 2001, cuando fue superior jerárquico del demandante, además, con posterioridad a la última anualidad en cita, el actor se desempeñó como Docente.

En este orden, obra a favor del demandante la presunción que dicha labor se encontraba regida por un contrato de trabajo, correspondiendo a la Universidad acreditar el hecho contrario al presumido, es decir, que la relación fue independiente y sin subordinación, sin embargo, la enjuiciada no desvirtuó esa presunción, por el contrario, por el periodo de 01 de febrero de 1984 a 31 de diciembre de 1992, la institución educativa aportó 10 contratos de trabajo a término fijo suscritos con Pulido Pinzón con las siguientes vigencias: a) 01 de febrero a 15 de julio de 1984⁵⁴, b) 01 de agosto a 31 de diciembre de ese año⁵⁵, c) 15 de enero a 31 de diciembre de 1985⁵⁶, d) 21 de enero a 31 de diciembre de 1986⁵⁷, e) 13 de enero a

⁵¹ CD Folio 2, documento: 07, páginas 188, 232, 237, 240, 241, 244, 247, 250, 255, 257, 260 y 266.

⁵² CD Folio 2, documento: 07, página 181 a 183, 185 a 186, 189 a 191, 199 a 200, 205 a 208, 209, 211 a 212, 213 a 215, 216 a 222 y, 223 a 225.

⁵³ CD Folio 2, documento: 07, páginas 187, 195 197, 203 a 204 y 210.

⁵⁴ CD Folio 2, documento: 07, página 181 a 183.

⁵⁵ CD Folio 2, documento: 07, página 185 a 186.

⁵⁶ CD Folio 2, documento: 07, página 189 a 191.

⁵⁷ CD Folio 2, documento: 07, página 199 a 200.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00059 02
Ord. Pedro Antonio Pulido Pinzón Vs. Fundación Universitaria San Martín

31 de diciembre de 1987⁵⁸, f) 12 de enero a 31 de julio de 1988⁵⁹, g) 01 de enero a 30 de junio de 1989⁶⁰, h) 16 de enero a 31 de diciembre de 1990⁶¹, i) 16 de enero a 31 de diciembre de 1991⁶² y, j) 13 de enero a 31 de diciembre de 1992⁶³, así como las liquidaciones finales de los contratos de 1984 a 1987 y, los preavisos remitidos al accionante.

Y, en cuanto a la prestación de servicios del demandante de 01 de enero a 31 de diciembre de 1993 y de 15 de enero a 21 de junio de 2015, si bien la convocada aportó 08 contratos de prestación de servicios, estos no desvirtúan la presunción de dos vínculos contractuales laborales a término indefinido, pues, el deponente Roger Ruíz Aguas indicó que le dio órdenes al actor de 1998 a 2001, además, fueron compañeros de trabajo, que el convocante cumplió funciones de Coordinador, luego, de Docente que contaba con un puesto de trabajo y realizaba las labores de manera permanente.

En este orden, existieron varias vinculaciones laborales autónomas e independientes, en las que hubo solución de continuidad en la prestación de servicios, con contratos independientes que se terminaron y liquidaron de manera autónoma, con arreglo a la ley.

⁵⁸ CD Folio 2, documento: 07, página 205 a 208.

⁵⁹ CD Folio 2, documento: 07, página 209 y 211 a 212.

⁶⁰ CD Folio 2, documento: 07, página 213 a 215.

⁶¹ CD Folio 2, documento: 07, página 216 a 222.

⁶² CD Folio 2, documento: 07, página 223 a 225.

⁶³ CD Folio 2, documento: 07, página 229 a 231.



Ahora, entre la terminación de un contrato y la suscripción del siguiente se presentaron interrupciones, que en oportunidades fueron mínimas, pero, en otras superaron seis meses, como dan cuenta los contratos de trabajo⁶⁴, tampoco existe medio de convicción que demuestre que Pulido Pinzón prestó servicios de 01 de enero de 1994 a 15 de enero de 1996, pues, aunque el deponente Roger Ruíz Aguas indicó que el demandante prestó servicios de manera permanente desde que lo conoció en 1984, su dicho no genera certeza respecto a la continuidad, en tanto, indicó que él - el testigo - a veces prestaba servicios en una clínica y el demandante en otra, sin que fuera contundente respecto del tiempo en que lo vio, además, afirmó que el período que sí le consta fue de 1998 a 2001, lapso en que ejerció como jefe directo de Pulido Pinzón.

En adición a lo anterior, el diploma de reconocimiento de la labor como docente del actor otorgado en 2003 que refiere su la labor por 20 años como docente⁶⁵, no es suficiente para acreditar la prestación efectiva del servicio de 01 de agosto a 31 de diciembre de 1988, de 01 de julio de 1989 a 15 de enero de 1990 y de 01 de enero a 1994 a 14 de enero de 1996; tampoco hubo confesión del Representante Legal de la enjuiciada sobre la continuidad de la relación laboral, pues, aunque aceptó la prestación de servicios de Pulido Pinzón de 1984 a 2015, aclaró que se trataban de varios contratos a los que se remitía, sin que de su afirmación sea dable entender la existencia de un solo contrato de trabajo.

⁶⁴ Folios 26 y 27.

⁶⁵ CD Folio 2, documento: 07, página 11.



Siendo ello así, los señalados medios de persuasión impiden concluir la existencia de una única relación laboral, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en este sentido, quedando relevada la Sala de estudiar el tema del pago del auxilio de cesantías de manera retroactiva y su sanción.

Cumple señalar, que la calenda de terminación del último vínculo contractual laboral fue el 21 de junio de 2015, pues, el deponente Roger Ruíz Aguas no recordó la fecha exacta de terminación, además, la última vez que vio a Pulido Pinzón fue en 2014 o 2015, en adición a lo anterior, con comunicación de 21 de mayo de ese año⁶⁶, la Fundación Universitaria San Martín terminó la relación contractual a partir de 21 de junio de 2015.

Tampoco, se encuentra acreditada la prestación del servicio del demandante a través de los contratos de trabajo de que trata el artículo 101 del CST, en tanto, no solo desempeñó la labor de docente, también ejerció funciones administrativas de la Universidad como Coordinador y Jefe de Departamento Extramural, por ende, no es dable entender que las labores de Pulido Pinzón fueran solo por el período académico, sino que se extendían más allá.

De lo expuesto se sigue, confirmar la sentencia apelada en este tema, quedando relevada la Sala de estudiar el reajuste de prestaciones sociales, aportes a pensión e indemnización por

⁶⁶ CD Folio 2, documento: 07, página 275.



despido, ante la inexistencia de los alegados múltiples contratos de docencia.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 65 del CST – modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 –, así como a la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Corte Suprema de Justicia, en cuyos términos, dicha sanción no es de carácter automático ni inexorable, entonces, si el empleador acredita en el proceso que su actuar estuvo revestido de buena fe, a través de medios de convicción y argumentos válidos que justifiquen su conducta omisa, se le debe absolver⁶⁷.

Adicionalmente, la Corporación en cita ha explicado, que si la terminación del contrato de trabajo ocurre después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002 y, transcurridos veinticuatro meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador sufragará intereses moratorios a partir de la terminación del vínculo hasta cuando el pago se verifique⁶⁸.

Atendiendo la línea jurisprudencial en cita, los medios de persuasión del expediente no acreditan buena fe en el actuar de la enjuiciada,

⁶⁷ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia 32529 de 05 de marzo de 2009.

⁶⁸ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencias 36577 de 06 de mayo de 2010, 38177 de 03 de mayo de 2011 y, 46385 de 25 de julio de 2012, recientemente reiteradas en decisión 80991 de 17 de marzo de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00059 02
Ord. Pedro Antonio Pulido Pinzón Vs. Fundación Universitaria San Martín

pues, no puede excusar el impago de acreencias laborales con la intervención administrativa, en tanto, esta inició hasta 2015, además, la mora en sufragar las prestaciones sociales venía con anterioridad.

En adición a lo anterior, revisada la página *web* del Ministerio de Educación Nacional aparece que mediante la Resolución 1702 de 10 de febrero de 2015, se establecieron institutos de salvamento en el marco de la vigilancia especial de la fundación enjuiciada, entre ellos, la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta la fecha de la emisión del acto administrativo⁶⁹, no obstante, la citada resolución no dispuso suspensión del contrato ni impago de salarios o prestaciones a los trabajadores.

Y, atendiendo que la terminación del vínculo se dio en vigencia del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 – 21 de junio de 2015 –, el valor del último salario del actor y, que la demanda se presentó después de los 24 meses posteriores a la finalización de la relación laboral – 24 de enero de 2018⁷⁰ –, solo se deben intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales, a partir de 21 de junio de 2015.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en este aspecto. Sin costas en la alzada.

⁶⁹ https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-349195_recurso_1.pdf

⁷⁰ CD Folio 2, documento: 07, página 64.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00059 02
Ord. Pedro Antonio Pulido Pinzón Vs. Fundación Universitaria San Martín

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 el fallo apelado, con arreglo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MARINA MURILLO DE ARCILA CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

Bogotá D.C., treinta (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la entidad convocada a juicio, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 11 de febrero de 2022, proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó la pensión restringida de jubilación a partir de 22 diciembre de 2019, liquidada con el último salario promedio mensual actualizado, mesadas adicionales, retroactivo causado con aumentos legales, indexación, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 22 de diciembre de 1959; laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo a término indefinido, de 01 de junio de 1974 a 15 de noviembre de 1991, 17 años, 05 meses y 14 días, vínculo que finalizó por mutuo acuerdo mediante conciliación, conviniendo *“en cuanto a las prestaciones sociales y salarios que, según la Ley y la Convención Colectiva vigente, se hubieren causado a favor del trabajador con motivo de la vigencia del contrato y de su terminación por mutuo consentimiento, se liquidarán y pagarán en los términos de dichas disposiciones”*; su último cargo fue Cajera Grado 03, en la oficina de Casabianca - Tolima, con un promedio salarial mensual final de \$203.110.00; devengó la prima de antigüedad de manera mensual; el 29 de mayo de 2018 reclamó a la UGPP la pensión restringida de jubilación¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto

¹ CD folio 02, documento 01 páginas 4 a 18.



a los hechos admitió la calenda de nacimiento de la actora, los extremos temporales de iniciación y finalización de la vinculación laboral de la accionante con la caja agraria, la terminación por mutuo consentimiento, el cargo desempeñado, el último salario promedio y, que la demandante devengaba la prima de antigüedad. En su defensa propuso las excepciones de imposibilidad de aplicar una norma expresamente derogada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, cumplimiento del deber legal de la UGPP, su buena fe y, compartibilidad de la pensión².

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento condenó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a reconocer y pagar a Luz Marina Murillo de Arcila la pensión restringida de jubilación de naturaleza compartida, en cuantía inicial de \$1'102.783.67, a partir de 22 de diciembre de 2019, con las mesadas adicionales de junio y diciembre y, reajustes legales, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente; el retroactivo causado de 22 de diciembre de 2019 a 28 de febrero de 2022 que asciende a \$36'199.908.83; la indexación sobre cada mesada causada desde 22 de diciembre de 2019 hasta cuando se haga efectivo el pago del retroactivo pensional y; costas; declaró que la prestación restringida de jubilación otorgada debe ser compartida en caso de que la demandante tenga reconocida la pensión de vejez por COLPENSIONES, correspondiéndole a la UGPP solamente el mayor

² CD folio 02, documento 07, páginas 2 a 9.



valor si lo hubiere; autorizó a la entidad enjuiciada a descontar del retroactivo pensional los aportes en salud, en el porcentaje que en derecho corresponda; declaró probada la excepción de compatibilidad de la pensión y no probados los demás medios exceptivos³.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la UGPP interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 en que se apoya la parte demandante para solicitar la pensión restringida de jubilación, se encuentra derogado por los artículos 37 de la Ley 50 de 1990 y 133 de la Ley 100 de 1993, siendo ésta última norma la que se encuentra vigente, pues, tiene aplicación inmediata, adicionalmente, los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia tratan de despidos injustificados en los que se frustra un derecho del trabajador, mientras que en el asunto la terminación del contrato fue por mutuo acuerdo, entonces, no se configuran los supuestos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, precepto que no se puede aplicar ultractivamente⁴.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó acreditado dentro del proceso, que Luz Marina Murillo de Arcila laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. de 01 de

³ CD folio 2, audio y acta de audiencia.

⁴ CD folio 2, audio y acta de audiencia.



junio de 1974 a 15 de noviembre de 1991, mediante contrato de trabajo de duración indefinida, siendo su último cargo Cajera Grado 03, en la oficina de Casabianca - Tolima, vínculo que terminó por mutuo consentimiento a través de conciliación, con el pago de una bonificación, situaciones fácticas que se coligen de la liquidación final⁵, la respuesta sin fecha, en que la entidad aceptó que la trabajadora se acogiera al plan de retiro voluntario⁶, la certificación de información laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural⁷, la constancia de la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural⁸, así como del acta de conciliación suscrita el 31 de octubre de 1991⁹.

Murillo de Arcila cumplió 60 años de edad el 22 de diciembre de 2019, como dan cuenta su registro civil de nacimiento¹⁰ y, su cédula de ciudadanía¹¹.

El 29 de mayo de 2018, la demandante reclamó administrativamente a la UGPP la pensión restringida¹², negada por Resolución RDP 031704 de 31 de julio siguiente¹³.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de

⁵ CD Folio 2, documento 07, página 109.

⁶ CD Folio 2, documento 07, página 90.

⁷ CD Folio 2, documento 07, páginas 88 a 89 y 114 a 124.

⁸ CD Folio 2, documentos 01, páginas 23 a 24 y, 07, páginas 85 a 86.

⁹ CD Folio 2, documentos 01, páginas 25 a 28 y, 07, páginas 97 a 97.

¹⁰ CD Folio 2, documentos 01, página 21, así como 07, página 126.

¹¹ CD Folio 2, documentos 01, página 22, así como 07, página 87.

¹² CD Folio 2, documentos 01, páginas 29 a 32 y, 07, páginas 105 a 108.

¹³ CD Folio 2, documento 07, páginas 101 a 104.



consulta, lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO

La Sala se remite a los términos dispuestos por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961¹⁴.

En el *examine*, la vinculación contractual laboral que existió entre Luz Marina Murillo de Arcila y la Caja Agraria terminó por mutuo consentimiento mediante conciliación¹⁵, después de 17 años, 05 meses, 15 días, en consecuencia, se cumplen los condicionamientos previstos por el precepto en cita para acceder a la prestación anhelada.

Cabe precisar, que la pensión restringida de jubilación se causa al momento del despido o del retiro voluntario con el tiempo de servicio

¹⁴ "El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios". (Resalta la Sala).

¹⁵ CD Folio 2, documentos 01, páginas 25 a 28 y, 07, páginas 97 a 97.



requerido, no con el cumplimiento de la edad, que sólo es condición de exigibilidad, como lo ha adoctrinado la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria¹⁶.

Bajo este entendimiento y atendiendo los supuestos fácticos del *sub judice*, reseñados en precedencia, a la demandante le asiste derecho a la pensión proporcional de jubilación prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, disposición que regula su derecho, porque, era la vigente a la fecha de su causación, 15 de noviembre de 1991¹⁷, cuando finalizó el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, después de 17 años, 05 meses, 15 días de servicios; sin embargo, su disfrute se materializó al cumplir la edad de 60 años, el 22 de diciembre de 2019¹⁸. Por tanto, se confirmará la decisión censurada y consultada en este tema.

Asimismo, la prestación económica se otorga con las mesadas adicionales de junio y diciembre, pues, no resultó afectada por lo dispuesto por el artículo 1° inciso 8° del Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto, la pensión se causó el 15 de noviembre de 1991¹⁹, cuando la accionante se retiró del servicio, en este sentido, se confirmará la decisión en lo que a este aspecto se refiere.

Ahora, como la demandante laboró durante 17 años, 05 meses y 15 días, la tasa de reemplazo corresponde a 65.46% y; respecto al salario promedio del último año de servicios se tendrán en cuenta los factores

¹⁶ CSJ, Sala Laboral, sentencias 54143 de 02 de septiembre de 2015, 32228 de 17 de junio de 2008, 25324 de 29 de noviembre de 2005 y, 16646 de 18 de octubre de 2001, entre otras.

¹⁷ CD Folio 2, documentos 01, páginas 23 a 24 y, 07, páginas 85 a 86.

¹⁸ CD Folio 2, documentos 01, página 22, así como 07, página 87.

¹⁹ CD Folio 2, documentos 01, páginas 23 a 24 y, 07, páginas 85 a 86.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2020 00394 01
Ord. Luz Marina Murillo de Arcila Vs. UGPP

salariales de 15 de noviembre de 1990 a 15 de noviembre de 1991, conforme al artículo 1° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 3° de la Ley 62 de 1985, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia²⁰. En este orden, atendiendo los factores salariales con los que la actora efectuó sus aportes, se incluirán para efectos de la liquidación: asignación básica y, prima de antigüedad, conforme al certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural²¹.

Efectuadas las operaciones aritméticas²², se obtuvo un ingreso base de liquidación actualizado a 2019 de \$2'655.032.68, que al aplicarle la tasa de reemplazo de 65.46%, arroja una mesada inicial de \$1'737.984.39, según el cuadro de liquidación que se adjunta. Y, como retroactivo causado de 22 de diciembre de 2019 a 28 de febrero de 2022 \$55'312.963.20, sumas superiores a la obtenidas por el *a quo*, \$1'102.783.67 y \$36'199.908.83, respectivamente, sin embargo, no se modificará con arreglo al principio *no reformatio in pejus*, pues, se haría más gravosa la situación de la UGPP, apelante único en cuyo favor además se surte el grado jurisdiccional de consulta en este aspecto

Adicionalmente, se confirmará la decisión consultada y censurada en el sentido de autorizar a la UGPP a descontar el valor correspondiente a los aportes a salud para que los transfiera a la EPS en donde se encuentre afiliado o se afilie la accionante, al ser una obligación de

²⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia con radicado 61023 de 27 de enero de 2016 y, SL2155 de 13 de junio de 2018.

²¹ CD Folio 2, documento 07, página 88 a 89 y 114 a 124.

²² Con apoyo del Grupo liquidador, creado mediante Acuerdo PSAA.15-10402 de 2015



orden legal de las entidades pagadoras de pensiones, como lo ha explicado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²³.

COMPARTIBILIDAD PENSIONAL

La Sala se remite a los términos del artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990²⁴.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que las pensiones restringidas de jubilación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no fueron remplazadas, ni derogadas por el riesgo de vejez que asume el sistema de seguridad social en pensión, siendo relevante la afiliación al ISS solo para los eventos de compartibilidad de la pensión sanción según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados al RPM²⁵.

Bajo este entendimiento, en el *examine*, el pago de la pensión de vejez a la accionante por la Administradora del RPM o alguna otra administradora, impone a cargo de la UGPP solo el mayor valor si lo hubiere, entre la prestación restringida de jubilación y la de vejez que eventualmente se le reconozca o se le haya otorgado, al existir

²³ CSJ, Sala Laboral, Sentencia con radicado 52165 de 04 de noviembre de 2015, que reitera las sentencias con radicado 46576 de 23 de marzo de 2011, 52643 de 17 de abril de 2012, entre otras.

²⁴ "COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCION. Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado".

²⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia con radicado 56924 de 20 de septiembre de 2017.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2020 00394 01
Ord. Luz Marina Murillo de Arcila Vs. UGPP

compartibilidad entre ellas, por tanto, se confirmará la sentencia apelada y consultada en este sentido.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, en adición a lo anterior, materializa los principios de equidad e integralidad del pago²⁶.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación del retroactivo causado, por ello, se confirmará el fallo censurado y consultado.

Igualmente se confirma la condena en costas, con arreglo al artículo 365 del CGP y lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁷, atendiendo que la entidad enjuiciada UGPP fue la parte vencida en el proceso. No se causan en esta instancia.

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

²⁶ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.
²⁷ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 021 2020 00394 01
Ord. Luz Marina Murillo de Arcila Vs. UGPP

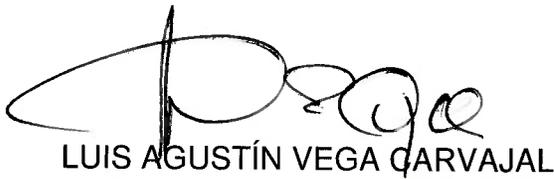
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión consultada y apelada, con arreglo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JORGE ENRIQUE GAITÁN ROJAS, LUIS JAIRO CAJAMARCA CAJAMARCA Y, JOSÉ MISAEL GÓMEZ VERGARA CONTRA SISTEMAS OPERATIVOS MÓVILES S.A. – SOMOS K S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de Ley 2213 de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 02 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

Los actores demandaron para que se declare que la bonificación productiva y/o de mera liberalidad pagada todos los meses durante la relación laboral es constitutiva de salario, en consecuencia, se reliquiden salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, reparación integral de daños y perjuicios, indexación, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentaron sus pedimentos, en síntesis, en que fueron vinculados mediante sendos contratos de trabajo, así: José Misael Gómez Vergara con contrato de trabajo a término fijo de 25 de noviembre de 2005 a 06 de septiembre de 2011 y a término indefinido desde 06 de septiembre de la última anualidad en cita, Luis Jairo Cajamarca Cajamarca a través de contrato de trabajo a término fijo de 01 de octubre de 2007 a 06 de diciembre de 2011 y a término indefinido desde la última calenda en cita y, Jorge Enrique Gaitán Rojas con contrato de trabajo a término fijo de 04 de abril de 2008 a 06 de septiembre de 2011 y a término indefinido desde la última *data* mencionada; se desempeñaron como Operadores de Bus Articulado, acordando en los contratos de trabajo el pago de una bonificación por mera liberalidad, reciben un ingreso mensual denominado inicialmente bonificación de productividad, posteriormente bonificación por mera liberalidad y, luego, beneficio temporal, suma que han recibido durante todos los meses; el último salario devengado por Gómez Vergara fue de \$1'794.506.00, por Cajamarca Cajamarca de \$1'937.786.00 y, por Gaitán Rojas de \$2'059.000.00; la empresa enjuiciada paga las prestaciones sociales solo con el salario básico mensual, sin incluir el valor de la bonificación; son afiliados del sindicato ASONALSOMOS SI¹.

¹ Folios 6 a 24.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Sistemas Operativos Móviles S.A. – SOMOS K S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la existencia de sendos contratos de trabajo con los demandantes, los cargos desempeñados, la bonificación que han recibido todos los meses, aclarando que siempre que cumplan los objetivos generales, que no se reconocen los beneficios extralegales en la liquidación porque no son constitutivas de salario, Cajamarca Cajamarca y Gómez Vergara sí están afiliados a ASONALSOMOS SÍ. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por los demandantes, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, su buena fe, falta de título y causa, compensación y, genérica².

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a Sistemas Operativos Móviles S.A. – SOMOS K S.A. de todas y cada una de las pretensiones; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación e; impuso costas a los accionantes³.

RECURSO DE APELACIÓN

² Folios 138 a 152.

³ CD y Acta de Audiencia, Folios 562 y 566,



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 011 2018 00010 01
Ord. Jorge Enrique Gaitán Rojas y otros Vs. Somos K.S.A.

Inconforme de la decisión anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que en los términos del artículo 127 del CST, la bonificación recibida constituye salario, siendo dable aplicar el principio de la realidad sobre las formas, pues, se canceló de manera permanente, ininterrumpida y fija desde cuando suscribieron los contratos de trabajo, adicionalmente, la cláusula once del contrato de trabajo estableció para su pago unas metas de cumplimiento y en el asunto de los testimonio e interrogatorios se puede concluir que ninguno de los demandantes tenía llamados de atención por faltas o incumplimiento de las reglas de Transmilenio, tampoco tienen llamados de atención por uso de plataforma y carrocería o, por el incumplimiento de horarios y reglas de convivencia, ni de manejo preventivo, por ende, la bonificación se paga a los operadores de bus articulado como contraprestación de servicio, con un valor fijo para cada año laborado, por ejemplo en 2019 fue de \$420.000.00 aproximadamente, asimismo, la prestación se sufragó para beneficio propio del trabajador y éste decidía en que utilizaba el dinero, sin embargo, la empresa no tuvo en cuenta la bonificación al liquidar prestaciones sociales y aportes a seguridad social, situación que afectó su mínimo vital, tampoco se reflejará en sus aportes para pensión; adicionalmente, la compañía pretende confundir las metas de excelencia que se le dan a todos los trabajadores y que exige cumplir con los *ítems* de Transmilenio con la pactada en la cláusula once del contrato de trabajo que es para cada operador de bus, por ende, permitir estas situaciones es contrariar los principios fundamentales del derecho laboral, abusando del *ius variandi* que no es absoluto al estar limitado por el artículo 25 Constitucional, además, se trata de una conducta regresiva de los derechos laborales; en este sentido, se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad al interpretar los artículos 127 y 128 del CST y, reliquidar las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social⁴.

⁴ CD Folio 562.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó acreditado dentro del proceso, que Jorge Enrique Gaitán Rojas, Luis Jairo Cajamarca Cajamarca y, José Misael Gómez Vergara laboran para Sistemas Operativos Móviles S.A. – SOMOS K S.A. mediante sendos contratos de trabajo inicialmente a término fijo, luego, modificados a duración indefinida, en el cargo de Operador de Bus Articulado, con los extremos temporales de iniciación y últimos salarios básicos mensuales insertos a continuación, adicionalmente, la empleadora les canceló auxilios extralegales denominados “*BONIFICACIÓN MERA LIBERALIDAD*” o, “*BENEFICIO TEMPORAL*” o, “*BENEFICIO NO PRESTACIONAL*”, situaciones fácticas de las que dan cuenta los contratos de trabajo suscritos por cada trabajador⁵, sus otrosíes⁶, las certificaciones de aportes⁷, las historias laborales expedidas por aportes en línea⁸, los reportes de semanas cotizadas de Gaitán Rojas⁹ y, Cajamarca Cajamarca¹⁰ emitidas por COLPENSIONES, la constancia de afiliación a COLFONDOS de Gómez Vergara¹¹, los formularios de afiliación a salud¹² y a la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR¹³, las constancias de vinculación a la ARL¹⁴, las certificaciones de pago de auxilio de cesantías¹⁵ y, los comprobantes de nómina¹⁶:

⁵ Folios 30 a 31, 63 a 64, 100 a 101, 153 a 156, 225 a 228 y 294 a 297.

⁶ Folios 32, 65, 65 vuelto, 66, 102, 157, 229 y 298.

⁷ Folio 33.

⁸ Folios 162 a 181, 234 a 253 y 303 a 324.

⁹ Folios 34 a 39.

¹⁰ Folios 110 a 118.

¹¹ Folio 232.

¹² Folios 158, 230 y 299.

¹³ Folios 159, 231 y 300.

¹⁴ Folios 160, 233 y 301.

¹⁵ Folios 161, 254 y 302.

¹⁶ Folios 40 a 61, 67 a 98, 103 a 109, 182 a 224, 255 a 293, 325 a 362, 383 a 397, 398 a 400, 401, 402 a 413, 414 a 425 426 a 437, 438 a 449, 450 a 459, 460 a 462, 463 a 465, 467 a 481, 482 a 493, 494 a 502, 503 a 510, 511 a 522 y 523 a 533.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 011 2018 00010 01
Ord. Jorge Enrique Gaitán Rojas y otros Vs. Somos K.S.A.

| TRABAJADOR | EXTREMO TEMPORAL INICIAL | FECHA MODIFICACIÓN DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL | SALARIO BÁSICO MENSUAL FINAL |
|--------------------------------|--------------------------|--|------------------------------|
| Jorge Enrique Gaitán Rojas | 04/04/2008 | 06/09/2011 | \$1'437.000.00 ¹⁷ |
| José Misael Gómez Vergara | 25/11/2005 | 06/09/2011 | \$1'641.000.00 ¹⁸ |
| Luis Jairo Cajamarca Cajamarca | 01/10/2007 | 06/09/2011 | \$1'641.000.00 ¹⁹ |

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

EXCLUSIÓN SALARIAL DE LA BONIFICACIÓN POR MERA LIBERALIDAD O BENEFICIO TEMPORAL

La Sala se remite a los términos de los artículos 127²⁰ y 128²¹ del CST, modificados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, sobre elementos integrantes del salario y pagos que no lo constituyen, respectivamente.

En este orden, no admite mayor discusión que los pactos de exclusión salarial previstos por el último de los preceptos reseñados, facultan a las

¹⁷ Para 2015.

¹⁸ Para 2017.

¹⁹ Para 2017.

²⁰ Artículo 127 del CST "Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones".

²¹ Artículo 128 ibídem, "No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad".



partes para restar tal carácter a algunas sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador o, a beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extra legal por el empleador, siempre que hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o especie, sin que se pueda admitir tal estipulación, frente a aquellos conceptos que en forma categórica el artículo 127 *ejusdem*, califica como remunerativos.

En punto al tema de los pactos de exclusión salarial, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que cuando el pago que recibe el trabajador tiene como causa inmediata el servicio que presta, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario²².

La Corporación en cita también ha adoctrinado que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) sean sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, como subsidio familiar, indemnizaciones, viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación y; (v) los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extra legal por el empleador, cuando **las partes hayan dispuesto**

²²CSJ, Sala Laboral, sentencia 37037 de 25 de enero de 2011, SL1399 de 06 de marzo de 2019 y SL4580 de 06 de noviembre de 2019.



expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad, siendo indispensable que el acuerdo sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues, no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo²³.

Siendo ello así, se determinará si la bonificación por mera liberalidad o beneficio temporal recibida por los demandantes, constituyen o no factor salarial.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la accionada²⁴, (ii) contrato de trabajo suscrito por José Misael Gómez Vergara y SOMOS K S.A. el 07 de diciembre de 2005, cuya cláusula décima primera, numeral 1°, señala que los sujetos contractuales acordaron la exclusión salarial de la bonificación por mera liberalidad *“las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta ciento noventa y dos mil seiscientos pesos mensuales (\$192.600.00) se entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de las siguientes metas: cumplimiento de las reglas establecidas por Transmilenio (30%), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento en los horarios de trabajo (15%), cumplimiento de las reglas de convivencia (15%),*

²³ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL1798 de 16 de mayo de 2018, reiterada en la SL 5479 de 12 de febrero de 2019.

²⁴ Folios 25 a 29, 371 a 375 y 529 a 540.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 011 2018 00010 01
Ord. Jorge Enrique Gaitán Rojas y otros Vs. Somos K.S.A.

cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%)...²⁵; (iii) contrato de trabajo suscrito por Luis Jairo Cajamarca Cajamarca y SOMOS K S.A. el 29 de septiembre de 2007, cuya cláusula décima primera, numeral 1°, señala que los sujetos contractuales acordaron la exclusión salarial de la bonificación por mera liberalidad “las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta cien mil pesos mensuales (\$100.000.00) se entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de metas establecidas por EL EMPLEADOR...²⁶; (iv) contrato de trabajo suscrito por Jorge Enrique Gaitán Rojas y SOMOS K S.A. el 31 de marzo de 2008, cuya cláusula décima primera, numeral 1°, señala que los sujetos contractuales acordaron la exclusión salarial de la bonificación por mera liberalidad “las partes EMPLEADOR y trabajador en forma expresa acuerdan que la cantidad de hasta DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS mensuales (\$244.000.00) se entregarán como bonificación no constitutiva de salario por concepto de productividad, que se determinará mediante el cumplimiento de las siguientes metas: cumplimiento de las reglas establecidas por Transmilenio (30%), protección del buen uso de la plataforma y carrocería del bus (20%), cumplimiento en los horarios de trabajo (15%), cumplimiento de las reglas de convivencia (15%), cumplimiento de las normas de manejo preventivo (20%)...²⁷; (v) cédulas de ciudadanía de los actores²⁸; (vi) desprendibles de pago de abril de 2008, enero de 2009 a diciembre de 2011, agosto de 2013 a abril de 2018²⁹, en que aparece que Gómez Escobar recibió diferentes valores por bonificación de mera liberalidad; (vii) comprobantes de nómina de octubre de 2006 a octubre de 2009, noviembre de 2010 a diciembre de 2011 y agosto de 2013 a diciembre de 2017, en que aparece que Gómez Vergara recibió diversas sumas por bonificación de mera liberalidad³⁰; (viii) desprendibles de nómina de octubre de 2007 a diciembre de 2011,

²⁵ Folios 63 a 64.

²⁶ Folios 100 a 101.

²⁷ Folios 30 a 31.

²⁸ Folios 62, 99 y 119.

²⁹ Folios 40 a 61, 182 a 224, 401, 438 a 449, 482 a 493 y 523 a 533.

³⁰ Folios 67 a 98, 255 a 293, 383 a 397, 414 a 425, 450 a 459, 463 a 465, 467 a 481 y, 503 a 510.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 011 2018 00010 01
Ord. Jorge Enrique Gaitán Rojas y otros Vs. Somos K.S.A.

julio de 2012 y agosto de 2013 a marzo de 2018, en que aparece que Cajamarca Cajamarca recibió diferentes valores por bonificación de mera liberalidad³¹ y; (ix) oficio de 24 de julio de 2019, en que el Director Técnico de BRT de Transmilenio S.A. indicó que los contratos de concesión con SOMOS K cuentan con indicadores de desempeño, regularidad, puntualidad, accidentalidad, desincentivos, operativos comunicados por Transmilenio, aseo de los vehículos y fallas mecánicas, estos indicadores establecen estándares mínimos respecto a la calidad de los servicios prestados y permiten distribuir la cuenta correspondiente del fondo de multas y bonificaciones, que se liquida mensualmente y se cancela al concesionario trimestralmente, además, SOMOS K quedó en los primeros lugares en la vigencia 2018 y, aun se encontraba en proceso de liquidación la de 2019³².

Además, se recibieron los interrogatorios de parte de la Representante Legal de la enjuiciada³³, de Luis Jairo Cajamarca Cajamarca³⁴, de José

³¹ Folios 103 a 109, 325 a 362, 398 a 400, 402 a 413, 426 a 437, 494 a 502, 460 a 462 y 511 a 522.

³² Folio 551.

³³ CD Folio 542, min. 07:45, dijo que no se han hecho llamados de atención a los demandantes, pero, de pronto en el archivo de gestión humana podría haber alguno; el bono de mera liberalidad se encuentra pactado en el contrato de trabajo, los actores lo han recibido de manera ininterrumpida, siempre y cuando la empresa haya ganado o este en los primeros puestos de los concesionarios de Transmilenio, es decir, que ha cumplido con todos los indicadores establecidos en el contrato de concesión de manera grupal; no se liquidan las prestaciones sociales con la bonificación, pues, hubo un pacto de exclusión salarial y no es prestacional.

³⁴ CD folio 542, min. 12:06, dijo que ingresó a laborar a SOMOS K el 01 de octubre de 2007, según el contrato le pagan sueldos, primas, pero, también un bono de mera liberalidad anotada en el numeral décimo primero, su sueldo se compone de una parte salarial y otra no salarial, es decir, el sueldo más una bonificación; según el contrato de trabajo, la bonificación se daba porque Transmilenio la ordenaba por productividad y por normas se les debe cancelar un bono siempre por cumplir unas metas, que son cumplir las normas y leyes de Transmilenio, el manejo del bus, el cuidado del bus, hacer las cosas bien, por asistir a capacitaciones, eso lo ordenó Transmilenio a la empresa accionada; las metas de Transmilenio era un 30% por productividad, un 30% por manejo preventivo, un 20% por seguridad en la vía, un 20% por cuidado móvil, es decir, del bus y aparte un 15% por asistir a capacitaciones; el cumplimiento de metas no es grupal, lo que ordenan es un bono de manera individual, porque cada uno recibe uno, él desde que ingresó a la empresa le están pagando el bono desde el primer mes de octubre de 2007 a la fecha y, él siempre lo ha recibido individualmente, además, hay otro bono que se llama excelencia, que sí es grupal y se lo ganan los operadores y mecánicos, cree que también operaciones, mientras que el bono de mera liberalidad, lo da Transmilenio por productividad y manejo de metas, cuidado móvil, manejo preventivo y horas de capacitación, por ende, existen dos bonos, el de mera liberalidad que se paga mes a mes y, el de excelencia que él no ha recibido muchos porque ha estado incapacitado y fue reubicado por enfermedad en la columna; el bono de excelencia no sabe si es constitutivo de salario, pero dicen que sí, pero, como es ocasional, porque lo entregan de vez en cuando y cuando, además, de verse afectado por fallas o excesos de velocidad, mientras que el de mera liberalidad siempre lo recibe y es igual; no se ha dado cuenta si el bono de mera liberalidad se afecta con la regularidad de sus compañeros, sin embargo, el de excelencia sí.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 011 2018 00010 01
Ord. Jorge Enrique Gaitán Rojas y otros Vs. Somos K.S.A.

Misael Gómez Vergara³⁵ y, de Jorge Enrique Gaitán Rojas³⁶; así como los testimonios de José Luis Álvarez (tachado de sospecha por la accionada)³⁷, Luis Heraldo Garzón Garzón (tachado de sospecha por la enjuiciada)³⁸, Jorge Andrés Gutiérrez Arboleda³⁹, Nelson Alejandro

³⁵ CD folio 542, min. 21:27, dijo que ingresó a laborar el 25 de noviembre de 2005, su salario esta compuesto por un factor salarial y uno no salarial, pero, recibe un bono de mera liberalidad que lo pagan mes a mes y lo que pasa es que hay un artículo del CST que dice que cuando se paga consecutivamente se convierte en base salarial para la liquidación, sin embargo, no lo tiene acá para precisar cuál es; el bono de mera liberalidad se causa por productividad, por cumplimiento, por las capacitaciones y por el manejo y cuidado del bus; el no es grupal, sino individual, porque cada uno hace su oficio y la empresa lo califica individualmente y lo pagan normalmente.

³⁶ CD folio 542, min. 26:00, dijo que ingresó en el 2008, su salario se compone de un factor salarial y otro factor no salarial; recibe un bono por mera liberalidad que es individual y otro por excelencia que es grupal y se afecta si alguno tiene una falta o hay varadas o algún accidente, es decir, el de excelencia es grupal y va de acuerdo a las fallas y estrelladas e incidentes en la vía y de acuerdo a eso les dan el bono desde \$250.000.00, entre más faltas menos plata todos los operadores; el otro se lo dan a cada uno, siempre es el mismo y no lo dan cuando hay inasistencias o incapacidades.

³⁷ CD folio 542, min. 32:15, depuso que es operador de bus articulado de SOMOS K, presentó demanda por los mismos motivos, el bono de mera liberalidad está en el numeral 11 del contrato y tiene unos ítems y unos porcentajes para ganarse la bonificación, como portar bien el uniforme, por puntualidad, normas de Transmilenio y lo recién todos los operadores desde que empezaron a trabajar en la empresa y se lo cancelan mes a mes; el otro bono es de mera liberalidad, corrigiendo a excelencia, que la empresa sufraga desde 2013 a los trabajadores, es grupal y también tiene unos ítems por fallas, varadas, puntualidad y otro que no se acuerda, de acuerdo a las novedades que se tengan les pagan un valor más o menos de \$250.000.00 o menos; el bono de mera liberalidad es habitual, se paga mes a mes, no hay causas para no recibirlo; no se gana por la sola prestación del servicio, sino que se deben cumplir unos ítems, unas normas de Transmilenio y otras cosas que están en la cláusula 11, pero, siempre todos los operadores lo cumplen, los indicadores los coloca Transmilenio para que cumplan los operadores y otros la empresa; el valor del bono de mera liberalidad no varía y sube un poco cada año según el IPC; el bono de mera liberalidad no entra para a liquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social, es por eso que demandan.

³⁸ CD folio 542, min. 42:35, manifestó que también presentó demanda contra SOMOS K, que le correspondió al Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá; para el pago del bono de mera liberalidad, la compañía exige a la empresa ciertos límites de cumplimiento en toda la prestación del servicio y se paga mes a mes desde el comienzo del contrato; tienen otro bono que se llama el de la excelencia, lo comenzaron a cancelar desde 2013, cuando la empresa cambio de razón social, en adelante se comenzó a ganar esa bonificación por competencias, que es grupal por ciertas cuestiones laborales, de presentación, de cuidado del bus y muchos ítems; el bono de mera liberalidad se recibe de manera continua; el bono de mera liberalidad se gana por la prestación del servicio, teniendo unos ítems con Transmilenio por su manejo y puntualidad en todos los servicios, por cuidado de los buses, el cumplimiento y las capacitaciones; el bono por mera liberalidad varía cada año, cuando sube lo del básico y sube un porcentaje, actualmente está en \$480.000.00 y este bono es de carácter individual, situación que conoce porque lo ganaran en otros procesos, desconoce si revocaron la decisión del juzgado.

³⁹ CD folio 542, min. 53:59, depuso que es el Coordinador de Operaciones y Programación de SOMOS K, entró a la compañía hace cuatro años; el bono por mera liberalidad es un beneficio en donde todos los operadores aportan a él y se basa en el cumplimiento de varios objetivos, lógicamente como concesionario privado de transporte masivo que es regulado por el ente gestor Transmilenio, en esa medida, les evalúan en diferentes ítems para poder clasificar la calidad de servicio del operador, en ese sentido, la empresa si está dentro de los primeros lugares lógicamente tiene unos beneficios del ente gestor, es decir, se basa en el aporte general de cada uno de los operadores para el cumplimiento del nivel de servicio que tiene la empresa; los indicadores los mide Transmilenio, les mide la regularidad, accidentalidad, el número de varadas, el nivel de puntualidad, como el concesionario califique esos indicadores y escalafones frente a los otros concesionarios, la consecuencia de esa calificación es unas multas o bonificación por estar en los primeros lugares de la compañía, teniendo acceso a un fondo, a un bono que reconoce Transmilenio y el cumplimiento de la regularidad que es el kilometraje que se ejecuta versus el programado, entonces, la empresa recibe los ingresos por cumplimiento y calidad de servicio con el aporte y apoyo de todos los operadores en el cumplimiento de las metas, siendo así SOMOS K recibe el bono y luego los traslada a los operadores, siempre que quede en los primeros puestos, sino pues no reciben nada; SOMOS K ha estado dentro de los primeros lugares del sistema desde hace tres años, que se puede corroborar con todos los informes que saca el distrito en temas de regularidad, puntualidad y accidentalidad, que en el caso de SOMOS K es de 99.9%; si el operador no aporta en el cumplimiento de las metas grupales, no recibe el bono y en la medida que la empresa cumpla con los indicadores de Transmilenio, pues, tienen como beneficio ese bono; desde que el testigo entró a la compañía, esta ha permanecido en los primeros lugares; no se les ha pagado en algunos meses puede ser por diferentes circunstancias, puede ser porque no han conducido el bus y no han podido aportar al grupo, porque estuvo incapacitado; cree que a Misael no se le pago un mes, ya que, tuvo una incapacidad, entonces, no se le pagó porque ya no pertenecía al grupo de medición.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 011 2018 00010 01
Ord. Jorge Enrique Gaitán Rojas y otros Vs. Somos K.S.A.

Bojacá Barreto⁴⁰ y, Viviana Andrea Hernández⁴¹.

Cabe precisar, que los testimonios de José Luis Álvarez y, Luis Heraldo Garzón Garzón se caracterizaron por ser coherentes y claros, sin que evidencien contradicción o parcialidad, entonces, ofrecen credibilidad a la Sala, en tanto, expresaron las circunstancias fácticas que conocían y les constaban respecto del objeto del litigio.

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten concluir que lo recibido por los accionantes como bonificación por mera liberalidad o beneficio temporal no constituye salario en los términos de los artículos 127 y 128 del CST, pues, al suscribir los contratos de trabajo de manera expresa empleador y trabajadores convinieron excluirlo de tal naturaleza, rubro que además, no retribuía directamente el servicio prestado, obedecía al

⁴⁰ CD folio 542, min. 01:04:14, manifestó que labora en el Área de Gestión Humana del Departamento de Nómina; los demandantes reciben una parte salarial y otra no salarial, ésta última se denomina beneficio temporal, antes se llamaba bonificación de mera liberalidad; éste es un beneficio grupal que se da a través de unos indicadores que maneja Transmilenio, donde esa información es directamente transmitida al área de programación donde se hace el reporte a nómina y nómina se encarga de liquidar y de ejecutar esa dispersión de nómina; este beneficio es para el grupo de operadores de bus articulado, sino esta en ese grupo no se lo dan; los trabajadores no han reclamado a nómina; si no esta mal, son tres indicadores de Transmilenio que son varadas de mantenimiento, limpieza de buses y regularidad; la limpieza la hace un tercero, no el operador, pues, ellos no prestan el servicio de limpieza y respecto a las varadas se encargan los técnicos que hay en la empresa, quienes están debidamente capacitados; desconoce porque se le llama beneficio temporal; el bono se le entrega a los trabajadores de manera continua; existen otros beneficios como son el bono de la excelencia, que tiene carácter salarial y se ve reflejado en las prestaciones sociales y liquidaciones; el beneficio temporal es grupal y el de la excelencia es individual y tiene unos indicadores personales que permiten identificar a que operador se le puede entregar ese bono adicional y puede ser habitual, pero depende del desempeño del operador, es decir, tiene relación directa con la labor que desempeña; el beneficio temporal es grupal.

⁴¹ CD Folio 542, min. 01:13:53, depuso que es la Coordinadora de Gestión Humana, la remuneración de los operadores de bus articulado esta compuesta por una parte prestacional que son los salarios y el bono de excelencia y, la otra no prestacional que es el bono de mera liberalidad; éste se causa cuando SOMOS K firma un contrato con Transmilenio, quien establece unos indicadores de cumplimiento de la empresa y a raíz de eso y de las buenas calificaciones que se tengan en el sistema se tienen unas remuneraciones y la empresa decide repartirlas al grupo de operadores de acuerdo al cumplimiento; la medición de indicadores la hace Transmilenio de manera mensual, califican a la empresa operadora y les llega y se distribuye a los operadores; SOMOS K ha sido un buen operador, siempre han estado en el primer y segundo puesto, los califican bien; los indicadores es la regularidad, aseo de buses, fallas y varadas, si un bus falla en vía los califican mal, el bus toca llevarlo en grúa también genera mala calificación, el aseo de los buses es que estén siempre limpios, miran la pintura, que no tenga rayones, un inspector puede estar a la salud de la flota evaluando esos aspectos, si lo ve con rayones, chocado o sucio puede decir que no salga el bus y, se afecta la regularidad que es cumplir con las tables o rutas de la empresa; es una medición grupal; hacen parte de las mediciones que tiene Transmilenio, el operador de bus no interviene en la reparación técnico mecánica, ni en el aseo, simplemente manejan el bus, no hacen mantenimiento; el bono de excelencia y el bono de tabla partida y adicional a su salario, el primero reitera que depende de cada operador, de acuerdo a su puntualidad, no tener accidentes en la vía, inasistencias, multas, es directamente con lo que hace el operador, mientras el bono de mera liberalidad se mide con los indicadores de Transmilenio y generalmente se paga continuo, el bono pensional no sabe si cada uno de los actores se lo ha ganado.



cumplimiento de los parámetros establecidos a SOMOS K por Transmilenio para la optimización del servicio de transporte público y, para su otorgamiento era indispensable que aquella como contratista, acatara los indicadores señalados por la contratante, entonces, si bien estaba ligado a las actividades desarrolladas por los trabajadores, no se reconocía únicamente por la labor de uno de ellos, sino a manera de incentivo para todos los prestadores de servicio subordinado, además, el resultado obtenido ha sido ponderado por la accionada para otorgar a cada uno de sus empleados la aludida bonificación, que variaba dependiendo de la observancia total o parcial de tales indicadores, según se colige de lo pactado en los contratos de trabajo, en que los convocantes acordaron que la bonificación de mera liberalidad obedecía al cumplimiento de las reglas establecidas por Transmilenio, situación conocida y aceptada por los demandantes Luis Jairo Cajamarca Cajamarca quien indicó que la bonificación se otorgaba, porque, Transmilenio la ordenaba por productividad y por cumplimiento de normas y leyes que fijaba y; José Misael Gómez Vergara, quien dijo que el bono de mera liberalidad se causaba por productividad, por cumplimiento, por las capacitaciones, por el manejo y cuidado del bus.

Asimismo, lo corroboró el dicho de los deponentes José Luis Álvarez, quien depuso que la bonificación de mera liberalidad no se ganaba por la sola prestación del servicio, sino que se debía cumplir unos *ítems*, unas normas de Transmilenio y otras cosas que estaban en la cláusula 11 del contrato de trabajo; Luis Heraldo Garzón Garzón, manifestó que el bono de mera liberalidad se ganaba por la prestación del servicio atendiendo unos *ítems* con Transmilenio por el manejo y puntualidad en todos los servicios, por cuidado de los buses, el cumplimiento y las capacitaciones; Jorge Andrés Gutiérrez Arboleda, quien narró que el



beneficio se otorgaba por el cumplimiento de varios objetivos que eran regulados por el ente gestor Transmilenio, es decir, se basaba en el aporte general de cada uno de los operadores para el cumplimiento del nivel de servicio que tiene la empresa; Nelson Alejandro Bojacá Barreto, dijo que la bonificación era un beneficio grupal que se daba a través de unos indicadores que maneja Transmilenio y; Viviana Andrea Hernández, manifestó que la bonificación se causaba cuando Somos K firmaba el contrato con Transmilenio, contratante que exige indicadores de cumplimiento por la empresa contratista en cuya virtud y por las buenas calificaciones que se obtengan en el sistema se tienen unas remuneraciones que la empresa decide repartirlas al grupo de operadores de acuerdo al cumplimiento.

De lo expuesto se sigue, que nada imponía a la sociedad demandada incluir la bonificación en la liquidación de prestaciones sociales y pago de aportes a seguridad social integral de los actores, en adición a lo anterior, la habitualidad del pago no es suficiente para que constituya salario, por ello, se confirmará la decisión apelada. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 011 2018 00010 01
Ord. Jorge Enrique Gaitán Rojas y otros Vs. Somos K.S.A.

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE EDILBERTO DIAZ ACOSTA
CONTRA MEDIMAS EPS S.A.S.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En ejercicio de la competencia conferida por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, la Magistrada Sustanciadora en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, emite la siguiente,

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por MEDIMAS EPS S.A.S., revisa la Corporación el fallo de fecha de 24 de febrero de 2022, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹.

¹ CD Folio 2, documento: Sentencia.



ANTECEDENTES

El actor demandó el reconocimiento económico de \$16'850.700.00, por los gastos en que incurrió debido a la falta de atención por la EPS enjuiciada.

Fundamentó sus pedimentos en síntesis, en que fue afiliado de MEDIMAS EPS; el 03 de marzo de 2019, se encontraba en una finca ubicada en el Municipio de Piedecuesta - santander, aproximadamente a las 02:00 p.m. sufrió una caída desde su propia altura y, no se pudo levantar debido a un fuerte dolor en la cadera, a las 02:20 p.m. llegaron los médicos de AME quienes solicitaron el servicio de ambulancia para trasladarlo a Bucaramanga, a las 03:10 p.m. fue admitido de urgencias en la Clínica de Bucaramanga, a las 06:00 p.m. se le tomó radiografía de cadera evidenciando fractura de cadera impactada, a las 09:30 p.m. fue hospitalizado por ortopedia ordenando programar cirugía; el 04 de marzo de 2019 fue considerado paciente de alto riesgo quirúrgico y se solicitó concepto de cardiología; el siguiente día 05, nuevamente se requirió el concepto mencionado, emitido hasta el 07 de marzo, en que el cardiólogo pidió una perfusión miocárdica; el día 08 de los referidos mes y año, a las 08:25 p.m. se reportó como paciente desorientado en tiempo y espacio, sin focalizaciones, en estado de agitación, considerándolo paciente con episodio de *delirium* por postración acentuada al no dormir adecuadamente; el siguiente día 09, se anotó la espera de la valoración con perfusión, sus familiares asumieron el costo, recibiendo los resultados hasta el 13 de marzo de esa anualidad, que indicó normal su condición cardiovascular; los días 14, 15 y 16 de marzo de 2019, fue referido como paciente en espera de cirugía por falta de disponibilidad de intensificador de imágenes para realizar la fijación de su fractura, pendiente por remitir;



la Clínica de Bucaramanga indicó que el paciente no estaba bajo su responsabilidad, pues, era MEDIMAS EPS quien debía hacerse cargo de él; MEDIMAS EPS respondió que había solicitado el traslado para otra clínica, pero, que solo lo podían atender en la ciudad de Bogotá y, el traslado sería por tierra; dada la demora y falta de elementos necesarios, la familia decidió trasladarlo a otra clínica y asumir los gastos; el 16 de marzo de 2019, a las 04:40 p.m. firmó la orden de salida y a las 07:11 p.m. ingresó a la Clínica Foscal; el ortopedista Omar Alejandro Amado Pico se hizo cargo de su cirugía; el siguiente día 17, realizó la intervención quirúrgica abierta de fémur y cuello intertrocant, supracondílea con fijación interna; el 18 de marzo de 2019, se ordenó su egreso dándole las recomendaciones para la casa, además, le programaron una cita de control; trasladado a su residencia alquiló una cama ortopédica especial y contrató el servicio de enfermería día y noche, además, empezó la terapia física realizada por fisioterapeuta profesional².

CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

Al responder la solicitud, MEDIMAS EPS S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en tanto, realizó el procedimiento de traslado básico redondo, dio cita para el 12 de marzo de 2019 en la IPS Gamanuclear de la ciudad de Bucaramanga; no se ha tramitado solicitud de reembolso, entonces, no existe negligencia en el pago. En cuanto a los hechos dijo no constarle o no ser ciertos. No propuso excepciones³.

² CD folio 2, documento: demanda.

³ CD Folio 2, documento: contestación.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación accedió parcialmente a la pretensión presentada por Edilberto Díaz Acosta, en consecuencia, ordenó a MEDIMAS EPS S.A.S. reconocer y pagar a la masa sucesoral \$10'350.700.00, dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, MEDIMAS EPS S.A.S. interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que no se encontró solicitud de reembolso de Díaz Acosta, por ende, no existe fundamento fáctico y jurídico para proceder con el presente trámite, pese a que el usuario contaba con diferentes medios para radicar peticiones, sin que sea dable que después de dos años, el asegurado pretenda la devolución cuando el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 establece un término de 15 días para reclamar el reembolso, existiendo falta de acatamiento de requisitos formales, adicionalmente, la entidad ha cumplido todos los requerimientos de salud del afiliado y sus obligaciones⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

⁴ CD Folio 2, documento: Sentencia.

⁵ CD Folio 2, documento: impugnación.



Con arreglo al artículo 49 Constitucional, se garantiza a todos los ciudadanos el acceso a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud.

A su vez, en los términos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 *“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”*.

Y, según el artículo 6⁶ de la Resolución 3512 de 27 de diciembre de 2019, la cobertura de servicios, procedimientos y medicamentos del Plan de Beneficios en Salud estará a cargo de la UPC conforme a los anexos 1, 2 y 3 de dicho acto administrativo.

El último precepto en cita permite colegir, que corresponde a las EPS garantizar la entrega efectiva y oportuna de los servicios, procedimientos y medicamentos que hacen parte del plan de beneficios con cargo a la UPC.

En punto al tema de la dilación injustificada en el suministro de procedimientos y medicamentos, la Doctrina Constitucional ha explicado

⁶ ARTÍCULO 6. DESCRIPCIÓN DE LA COBERTURA DE LOS SERVICIOS Y PROCEDIMIENTOS. La cobertura de procedimientos y servicios del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, se describe en términos de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) y se consideran cubiertas todas las tecnologías en salud (servicios y procedimientos) descritas en el articulado y los Anexos 2 y 3 del presente acto administrativo. Se consideran cubiertas todas las subcategorías que conforman cada una de las categorías descritas en el Anexo 2 “Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC” del presente acto administrativo, salvo aquellas referidas como no cubiertas en la nota aclaratoria y las que corresponden a un ámbito diferente al de salud.

PARÁGRAFO. La cobertura del “Listado de Procedimientos de Laboratorio Clínico del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”, se describe en subcategorías de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS). Las subcategorías cubiertas son las que están indicadas en el Anexo 3 que hace parte integral del presente acto administrativo.



que implica que el tratamiento ordenado al paciente se suspenda o no se inicie de manera oportuna y en esa medida se vulneran los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la dignidad humana y a la vida del usuario. Por ello, la entrega tardía o inoportuna de los servicios, procedimientos y medicamentos desconoce los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud. Bajo esta perspectiva, los derechos de los usuarios se vulneran cuando existen obstáculos o barreras injustificadas, que impiden al paciente acceder a los servicios de salud o al suministro de los medicamentos⁷.

Y, en cuanto al tratamiento integral ha precisado que tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud. *“Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”*. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en *“asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”*, asimismo, por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones dejando en riesgo los derechos fundamentales del paciente; (ii) se trate de sujeto de especial protección constitucional - menores de edad, **adultos mayores**, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas-; y, (iii) personas que *“exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”*⁸.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T – 098 de 26 de febrero de 2016 y sentencia SU – 508 de 07 de diciembre de 2020.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T – 259 de 2019.



A su vez, en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar mediante proceso verbal sumario el *“reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

En el asunto, no fue objeto de discusión que Edilberto Díaz Acosta para la fecha en que se prestó el servicio objeto de recobro se encontraba afiliado a MEDIMAS EPS, siendo beneficiario de sus servicios de salud, además, era un sujeto de especial protección, pues, contaba con 88 años de edad al momento de la fractura de su cadera, como dan cuenta la cédula de ciudadanía⁹, las historias clínicas¹⁰ y, el certificado de la base única de afiliados¹¹.

Asimismo, se demostró que el 03 de marzo de 2019 Díaz Acosta sufrió un accidente al caer sobre su propio peso, siendo trasladado a la Clínica de Urgencias de Bucaramanga, IPS de la red de prestadoras de MEDIMAS EPS, ingresando por urgencias, diagnosticado inicialmente con fractura de cadera, por lo que, el médico tratante fijó como plan cirugía, requiriendo una perfusión miocárdica dada su avanzada edad, examen que no practicó la EPS, pues, permaneció de 06 a 12 de marzo de esa anualidad, en espera que realizaran dicho procedimiento para

⁹ CD Folio 2, documento: anexos demanda.

¹⁰ CD Folio 2, documento: anexos demanda.

¹¹ CD Folio 2, documento: certificado BDUA.



proceder con la cirugía, en este orden, el 12 de marzo de 2019, recibió autorización para salir y practicárselo en Gemanader de manera particular, además, regresó a la Clínica de Urgencias de Bucaramanga en igual calenda, corrigiéndose el diagnóstico a fractura pertrocanterica de fémur derecho, reiterando la necesidad de la intervención del paciente, sin embargo, la IPS no contaba con intensificador de imágenes para poder llevarlo a cirugía, permaneciendo en espera¹².

El 16 de marzo de 2019, el paciente solicitó la salida voluntaria e ingresó de manera particular a la Fundación Clínica Foscal, siendo diagnosticado con fractura del cuello del fémur o fractura intertrocanterica basicervical de cadera derecha, realizando el procedimiento de reducción abierta de fractura de fémur cuello intertrocanterica supracandil con fijación interna¹³.

Siendo ello así, MEDIMAS EPS debió garantizar el acceso y/o suministro de todos los servicios médicos – servicios, medicamentos, insumos, procedimientos, etc. -, de manera oportuna y completa por los especialistas que ameritaba el caso, así como los procedimientos médicos requeridos para atender el cuadro clínico del paciente, empero, la EPS enjuiciada no lo hizo de manera oportuna, pues, pese a que las patologías del afiliado revestían gravedad por tratarse de una fractura de cadera de adulto mayor, trascurrieron 13 días, sin practicar el procedimiento ordenado el 03 de marzo de 2019, esto es, la cirugía y los exámenes requeridos para realizar el procedimiento: perfusión miocárdica y evaluación preanestésica; adicionalmente, la EPS tenía la obligación de contar con los instrumentos necesarios para realizar la

¹² CD Folio 2, documento: anexos demanda.

¹³ CD Folio 2, documento: anexos demanda.



intervención, empero, no contaba con intensificador de imágenes, tampoco ofreció una solución eficaz a la patología del paciente, se limitó a indicar que había que esperar.

Situación que evidencia el incumplimiento de las obligaciones legales de aseguramiento en salud de los artículos 47 de la Ley 1122 de 2007 y 12 y 13 de la Ley 1171 de ese año, pues, no garantizó al afiliado el tratamiento médico quirúrgico para su fractura, ni la prestación efectiva en salud, en tanto, solo autorizó el servicio, pero, nunca lo materializó, constituyendo conducta negligente, negativa injustificada e inoportuna por la EPS contra una persona con protección especial constitucional reforzada (adulto mayor), según indicó el informe técnico del médico de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹⁴.

De lo expuesto se sigue, que MEDIMAS EPS incumplió su obligación de suministrar al demandante de manera oportuna los servicios que requería, poniendo en riesgo la vida del paciente, con afectación de sus derechos a la salud y a la vida, por ello, procede el reembolso solicitado.

En lo atinente al término establecido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, conviene aclarar, que la atención de Díaz Acosta no se trató de una atención inicial de urgencias o atención de urgencias, sino del incumplimiento en brindar el tratamiento oportuno e integral que

¹⁴ CD folio 2.



requería, por ende, no es dable verificar si la solicitud de reembolso cumplía los requisitos de la normatividad en cita.

En adición a lo anterior, el término establecido en artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, se debe entender como el otorgado para adelantar el trámite administrativo ante la propia EPS, pero, su vencimiento no tiene como consecuencia la pérdida del derecho del usuario de obtener su reembolso, ni la exoneración de la entidad de sus obligaciones, como lo explicó la Corte Constitucional en Sentencia T – 594 de 2007.

De lo expuesto se sigue, confirmar la decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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 decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

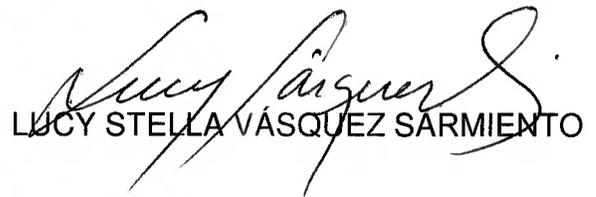


SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ESPECIAL DE ACOSO LABORAL DE JHOLWER FABIÁN LEZAMA DÍAZ CONTRA JANUS LTDA., JAVIER ANTONIO RAMÍREZ, IVONNE CATHERINE TORRES RODRÍGUEZ Y, LUZ MARINA SUÁREZ.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal conforme a los términos acordados en Sala de Decisión, contenidos en el acta de la fecha, resuelve de plano y profiere la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 16 de junio de 2021, emitido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare (i) la existencia de acoso laboral por los enjuiciados, (ii) la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleado debido a causas atribuibles a su empleador, (iii) situación que le generó perjuicios morales debido a las consecuencias emocionales posteriores a la desvinculación laboral, en consecuencia, se ordene a Janus Ltda. el pago de la indemnización del artículo 64 del CST, a los enjuiciados la multa prevista en el artículo 10 numeral 3 de la Ley 1010 de 2006, perjuicios morales, ultra y extra *petita* y, costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para Janus Ltda. mediante contrato de trabajo a término indefinido, de 01 de febrero de 2016 a 12 de septiembre de 2018, en el cargo de Auxiliar Contable, con un salario final de \$966.317.00; Javier Antonio Ramírez Flórez es el Representante Legal de la sociedad empleadora, Ivonne Catherine Torres Rodríguez fue la Coordinadora de Talento Humano y Luz Marina Suárez era la Jefe del Área Contable; desde septiembre de 2017 fue víctima de acoso por el Representante Legal y la Coordinadora de Talento Humano; los días 02 y 15 de noviembre de ese año, recibió de Torres Rodríguez llamados de atención por retirarse el 31 de octubre del lugar de trabajo una hora antes de lo habitual, suspendiéndolo por tres días; el 14 de febrero de 2018 se le llamó la atención por supuestas llegadas tarde; sanciones impuestas sin proceso disciplinario previo o diligencia de descargos, ni oportunidad de ejercer su derecho de defensa y debido proceso; el 26 de febrero siguiente, la Coordinadora de Talento Humano remitió un correo al personal de Área Contable denominado "*Inconvenientes Clima*



Laboral”, solicitando pronunciamiento frente a la conducta de la Jefe del Área Luz Marina Suárez, por lo que, él manifestó que la señora Suárez había sobrecargado las funciones asignadas, no respondía las inquietudes de su equipo de trabajo, además tenía una actitud déspota en el trato para los trabajadores; el 02 de abril de 2018 fue suspendido por un día; al día siguiente, envió correo electrónico a los tres accionados expresando su inconformidad salarial, solicitando permiso para estudiar e, informando la sobre carga laboral por la renuncia de su compañero José Arnoldo Tovar Rodríguez; el Representante Legal de la convocada le negó el aumento del sueldo y el permiso para estudiar, pese a que verbalmente había dado su aval; el 04 de abril de 2018, reiteró su inconformidad a Recursos Humanos enfatizando la diferencia salarial y la negativa del permiso para estudiar, pues, sus compañeros con cargo y funciones similares si cuentan con autorización, específicamente su compañero Arnoldo Tovar; en igual calenda, se reunió con el Comité de Convivencia: Javier Antonio Ramírez Flórez, Ivonne Catherine Torres Rodríguez y Luz Marina Suárez, quienes le manifestaron que no podía grabar dicha reunión y le propusieron renunciar dado que él ya no servía para la compañía, tampoco entregaba sus labores a tiempo, indicándole que trabajaría hasta 15 de abril de 2018, para así llegar a un acuerdo en que le entregarían la liquidación de prestaciones sociales, el cheque y una carta manifestando que él finalizaba el vínculo laboral, documento que no firmó; fue miembro del Comité de Convivencia e Ivonne Catherine Torres Rodríguez la Presidente; el siguiente día 17, el Comité de Convivencia señaló que no existían conductas de acoso laboral, además, Ivone Torres fungió como juez y parte restando legitimidad al proceso; en igual calenda, Ramírez Flórez le solicitó informar formalmente su estado de salud actual *“allegando los soportes dónde se evidencie y certifique la enfermedad catastrófica señalada como VIH”*,



situación que solo había mencionado en la prueba del polígrafo para el ingreso a la compañía, por ello, se negó a entregar esos soportes; Ivonne Catherine Torres Rodríguez le remitió correo electrónico para que se realizara exámenes médicos; el día 25 de los referidos mes y año, radicó queja ante el Ministerio de Trabajo para que cesaran los actos de acoso laboral, pero, se intensificó la persecución, los procesos disciplinarios temerarios, la sobre carga laboral y la negación de permisos para citas médicas; el 17 de mayo siguiente, Torres Rodríguez le notificó un memorando por presuntas faltas para que se pronunciara sobre hechos que no tenían finalidad específica, indagando incluso sobre el uso de su celular personal, por ello, él pidió que le informaran cuál era la finalidad de ese documento, pues, parecía una acusación, no una decisión de carácter administrativo; el 10 de junio de esa anualidad, se llevó a cabo diligencia de conciliación ante Ministerio de Trabajo, en que la Inspectora conminó preventivamente al Representante Legal de Janus Ltda. para que de manera inmediata activara los mecanismos de prevención de acoso laboral y le garantizara sus derechos; el 18 de junio de 2018 Torres Rodríguez le informó que el memorando de 17 de mayo daba apertura de descargos a la que él no respondió; los días 18 y 19 de junio de 2018 le indicó a la compañía, a través de la señora Ivone, que no podían reprogramar una cita para su tratamiento prioritario odontológico, pero ella se negó a recibir los soportes que justificaban la importancia del tratamiento; en reiteradas ocasiones las señoras Luz Marina Suárez e Ivonne Catherine Torres Rodríguez le negaron permisos para asistir a citas médicas, sin necesidad de servicio, por el contrario, fue una actitud malintencionada y, vulneradora de sus derechos fundamentales, que influyó en el deterioro de su salud física y mental; el Representante Legal de la enjuiciada solicitó a MEDIMAS EPS su historia clínica, sin su



autorización; el 24 de agosto de 2018, Torres Rodríguez le notificó memorando por presuntas faltas con 12 hechos concernientes al posible incumplimiento de horarios, uso del celular personal, entre otros; Luz Marina Suárez no satisfecha con la sobrecarga laboral y la desigualdad, utilizaba expresiones denigrantes delante de sus compañeros como *“usted es un mal empleado”*; el 12 de septiembre siguiente, presentó renuncia motivada, sin embargo, la empresa se negó a recibir el documento, por ello, lo envió por correo certificado; el siguiente día 27, recibió correo certificado con acta de diligencia de descargos llevada a cabo el día 10 de los referidos mes y año, documento que no pudo revisar ni suscribir en su oportunidad; la compañía discrimina a quienes tengan una orientación sexual específica, negándose a contratar personas homosexuales, como se lo comentaron algunos de los ex compañeros de trabajo; se encuentra en terapias de lenguaje, dado que empezó a presentar atrofia en el lenguaje, adicionalmente, su ritmo o velocidad para hablar cambio y tiene dificultad para pronunciar palabras debido al estrés laboral sufrido, también presenta complicaciones a nivel emocional y psicológico, causando desmotivación laboral, miedo y angustia de presentarse al trabajo, que le impide desarrollarse personal y profesionalmente, por la presión, persecución, maltrato y acoso que le impusieron Javier Antonio Ramírez Flórez, Luz Marina Suárez e Ivonne Catherine Torres Rodríguez; después de su retiro continuo asistiendo a citas de tratamiento psiquiátrico debido al estrés provocado por el acoso laboral¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Folios 1 a 25.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Janus Ltda., Javier Antonio Ramírez Flórez, Luz Marina Suárez e, Ivonne Catherine Torres Rodríguez se opusieron a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos admitieron la vinculación contractual laboral, la modalidad de duración, el extremo temporal de iniciación, el cargo desempeñado, el último salario, la calidades de Javier Antonio Ramírez Flórez, Luz Marina Suárez e Ivonne Catherine Torres Rodríguez, el correo electrónico de 26 de febrero de 2018, las sanciones impuestas, pero, aclararon que no se fundamentaron en conductas de acoso laboral como el convocante lo adujo. En su defensa propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, su buena fe e, innominada².

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento absolvió a los convocados a juicio e, impuso costas al actor³.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el demandante interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que no se valoraron las pruebas en debida forma, pues, en los términos de la Ley 1010 de

² Folios 190 a 211 y 514.

³ CD y Acta de audiencia folios 534 a 536.



2006 basta que se configure un solo acto hostil para acreditar el acoso laboral, por ejemplo con su interrogatorio de parte y las documentales acreditó los comentarios hostiles, humillantes y de descalificación profesional delante de sus compañeros de trabajo, como cuando Luz Marina Suárez le dijo que era un mal empleado, adicionalmente, la empresa le solicitó un certificado de su enfermedad de VIH, asimismo, le inició múltiples disciplinarios temerarios, pues, no salieron adelante, sin un procedimiento previo para la imposición de memorandos y llamados de atención, es decir, carentes de validez al no darle la oportunidad de escucharlo, limitándose a imponer sanciones sin fundamento y procedimiento previo; también expuso su intimidad personal de manera pública, como lo prueba la petición a la EPS de la copia de su historia clínica, vulnerado sus derechos, informándole a sus compañeros su enfermedad, generando afectación en la relación con ellos; igualmente, hubo un trato discriminatorio respecto de los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales, a quienes se les aumentó el salario en 2018, aunque trabajaban menos, les otorgaban permisos para asistir a citas médicas y odontológicas o de estudio, mientras que a él se los negaban, también manipularon su computador y lo revisaban en remoto sin autorización, ni conocimiento de él; las situaciones descritas configuran acoso laboral, incluso la prueba de una sola acredita el acoso; en consecuencia, se debe revocar la sentencia y acceder a todas las pretensiones de la demanda⁴.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

⁴ CD Folio 536.



Quedó acreditado dentro del proceso que Jholwer Fabián Lezama Díaz laboró para Janus Ltda., mediante contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 01 de febrero de 2016 a 12 de septiembre de 2018, como Auxiliar Contable, con un salario básico final de \$856.000.00, vínculo que finalizó por decisión del trabajador aduciendo causas imputables a la empleadora; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo⁵, la certificación laboral emitida por la Coordinadora de Talento Humano⁶, la carta de renuncia motivada⁷, la liquidación final⁸, la autorización de retiro de cesantías⁹, los certificados de aportes al sistema de seguridad social y cesantías expedidos por miplanilla.com¹⁰.

Bajo estos supuestos fácticos procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la apelación interpuesta.

ACOSO LABORAL

A través de la Ley 1010 de 2006, el legislador resolvió prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y, en general, todo ultraje de la dignidad humana que se ejerza sobre quienes realizan su actividad económica en el contexto de una relación laboral privada o pública.

⁵ Folios 31 a 34.

⁶ Folio 240.

⁷ Folios 107 a 110.

⁸ Folio 238.

⁹ Folios 239 y 241.

¹⁰ Folios 242 a 243, 244 y 245.



En este sentido, luego de mencionar como bienes jurídicos protegidos el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados y contratistas, la armonía entre quienes comparten el mismo espacio laboral y, el buen ambiente de la empresa, el artículo 2º *ibídem*, definió el acoso laboral como **toda conducta persistente y demostrable**, ejercida sobre un empleado, por parte de un empleador, jefe o 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 su renuncia, estableciendo como modalidades generales de acoso laboral: (i) el maltrato, (ii) la persecución, (iii) la discriminación, (iv) el entorpecimiento, (v) la inequidad y, (vi) la desprotección.

Por su parte, la Doctrina Constitucional en Sentencia C – 780 de 2007, señaló el alcance del artículo 7º de la Ley 1010 de 2006, en relación con los parámetros que debe atender el juzgador al momento de establecer la existencia del acoso:

*“El contenido normativo de la disposición es, entonces, el siguiente: (i) cuando se acredite **la ocurrencia repetida y pública** de cualquiera de las actuaciones enumeradas en el propio artículo 7º de la Ley, existirá una presunción de acoso laboral; (ii) cuando se trate de la ocurrencia de una actuación que no se encuentre taxativamente contemplada en la disposición, debidamente acreditada, la autoridad tiene la facultad de valorar si la misma, dada su gravedad, configura acoso laboral, de conformidad con la definición que se hace del mismo en el artículo 2º de la Ley; (iii) cuando la denuncia se produzca por la ocurrencia de una única conducta hostil, la autoridad deberá apreciar tal circunstancia y la valorará según su gravedad, por su capacidad de ofender por sí sola los derechos fundamentales del denunciante y determinará si la misma constituye o no acoso laboral; y, por último, (iv) cuando tales comportamientos - enumerados en la*



disposición - acaezcan en privado, la presunción no operará y, en consecuencia, la ocurrencia del hostigamiento deberá ser demostrada por los medios de prueba reconocidos en el Código de Procedimiento Civil, de suerte que si cualquiera de estas conductas logra ser acreditada, la autoridad competente deberá tenerla por acoso laboral.”

Ahora, para las conductas que el ordenamiento en cita definió como configurativas de acoso laboral, los artículos 9° y 13° establecieron medidas y procedimientos de carácter preventivo y sancionatorio para ser ejercidos interna y confidencialmente por los sujetos de la relación de trabajo, en el primer evento o, ante el Ministerio Público o, los Jueces del Trabajo, tratándose del segundo caso, atendiendo el tipo de vinculación laboral de quien es víctima del acoso.

Además de los documentos referidos, al instructivo aportaron los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la empresa enjuiciada¹¹; (ii) comunicación de 02 de noviembre de 2017, en que la Coordinadora de Talento Humano de la accionada, Ivonne Torres Rodríguez, hizo un llamado de atención a Lezama Díaz por retirarse de sus labores una hora antes de la establecida, el día 31 de octubre de ese año, en los términos de los artículos 45, 47 y 49 del Reglamento Interno de Trabajo, documento con firma de recibido del actor¹²; (iii) oficio de 15 de noviembre de 2017, en que la Coordinadora de Talento Humano, Ivonne Torres Rodríguez notificó al convocante la sanción por incumplimiento de horario consistente en suspensión de tres días, documento suscrito por la Coordinadora y un testigo¹³; (iv) comunicación de 15 de noviembre de 2017, en que Torres Rodríguez informó al accionante que le hacía un llamado

¹¹ Folios 28 a 30.

¹² Folios 35 a 37.

¹³ Folio 38.



atención por las inconsistencias en el tiempo de respuesta y errores en el procedimiento con el cliente Tecno Explorer S.A.S. el 08 de noviembre de 2017, además, de la falta de compromiso al ser informado por la asesora de la molestia del cliente y posible PQR¹⁴; (v) correo electrónico de 05 de diciembre de esa anualidad, enviado por Laura López a Consuelo Mojica con copia a varios trabajadores entre ellos el convocante, informando que los exámenes periódicos del personal de contabilidad se realizarían en esa calenda y al día siguiente¹⁵; (vi) copia de conversación, a través del chat *Skype* entre el demandante e Ivonne Catherine Torres Rojas de 03 de noviembre de 2017, en que ésta solicitó cambiar el formato de permiso por el de vacaciones, recibiendo como respuesta del actor *“perdón pero las citas médicas no son recuperables // además tomé un día // fue lo de la cita médica”*, Torres Rojas le indicó que era instrucción de “Don Javier”, recibiendo como respuesta *“entonces cuando él este por q creo q no esta yo mismo le digo”*, por su parte Torres Rojas le indicó que si tenía dudas consultara con la señora Consuelo y el accionante contestó *“por q eso ya es abuso”*¹⁶; (vii) oficio de 14 de febrero de 2018, en que la Coordinadora de Talento Humano informó a Lezama Díaz que le llamaba la atención por las reiteradas llegadas tarde los días 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12 y 13 de febrero¹⁷; (viii) correo electrónico de 26 de febrero de esa anualidad, de Ivonne Torres a varios trabajadores, entre ellos el accionante, para que informaran sobre el clima laboral durante su periodo de prueba, la percepción de conocimientos de Luz Marina, organización del departamento, relaciones interpersonales y jerarquía¹⁸; (ix) misiva de 27 de febrero de 2018, en que el convocante manifestó que atendiendo la solicitud sobre las inconformidades con la señora Luz Marina informaba que los problemas que había tenido con

¹⁴ Folios 39 a 42.

¹⁵ Folio 43.

¹⁶ Folio 47.

¹⁷ Folios 44 a 46 y 442 a 444.

¹⁸ Folio 48.



ella los había aclarado hablando, ella le indicó que no podía reestructurar todo así como así, pues, les estaba sobrecargando a todos de trabajo, en tanto, todo lo que hacía la señora Consuelo lo distribuía en el Departamento Contable y sino sabían del tema, les decía que investigaran, sin dar soluciones, también le ordenó elaborar unas políticas de caja menor, lo cual hizo en ocho días, pero, al final dijo que no creía que lo aprobaran, por ello, consideró que le estaba haciendo perder tiempo, asimismo, había visto cambios buenos en la forma de pedir cosas, ya que, antes ella era muy déspota¹⁹; (x) oficio de 02 de abril de 2018, en que la Coordinadora de Talento Humano, Ivonne Torres Rodríguez notificó al demandante una sanción por reiteradas llegadas tarde los días 8, 10, 12, 13 y 26 de febrero, así como 12 y 15 de marzo de ese año, consistente en suspensión por tres días, documento suscrito por la Coordinadora y la testigo Luz Marina Suárez, Jefe de contabilidad²⁰; (xi) correo electrónico de 03 de abril de 2018 de Jholwer Fabián Lezama Díaz para el Gerente Javier Ramírez manifestando que tenía inconformidades en su cargo, pues, sus funciones se habían triplicado, su salario no compensaba todas las labores que se le atribuían, incluso su remuneración había sido la más baja entre los empleados, por ende, no se veía gratamente recompensado, también informó que se matriculó en educación superior de lunes a viernes de 06:00 p.m. a 10:00 p.m. solicitando le gestionaran sus horarios laborales debidamente, igualmente, manifestó que llegó tarde el día anterior, porque estaba tramitando las cesantías para su matrícula²¹; (xii) correo electrónico de igual calenda, en que Javier Ramírez respondió al actor que las funciones fueron discutidas con su jefe directa Luz Marina, siendo acorde al tiempo de ejecución, conocimiento y personal actual, además, el Departamento

¹⁹ Folio 49.

²⁰ Folios 50 a 52 y 445 a 447.

²¹ Folios 54 a 55.



había funcionado con tres Auxiliares Contables y eran los que están en este momento, tampoco había presupuesto para un incremento salarial, ni podían modificar los horarios, ya que, desde el principio había laborado de 09:00 a.m. a 07:00 p.m.²²; (xiii) correo electrónico de 03 de abril de 2018, en que el demandante indicó al Gerente Javier Ramírez que Luz Marina no estaba capacitada para saber sobre los procesos que se venían manejando y tenía sobrecarga laboral, asimismo, reiteró que se le debía modificar el horario y, respuesta de igual calenda, en que Javier Ramírez indicó a Lezama Díaz que los cambios de horarios no estaban en discusión²³; (xiv) solicitud de verificación de condiciones laborales de 04 de abril de 2018 del demandante dirigida a Recursos Humanos y a la Gerencia General, peticionando modificación de la jornada laboral, por ingreso a estudios superiores, ajuste de salario igual al de su ex compañero Arnoldo Tovar y, revisión de su carga laboral, pues, consideraba que se le había iniciado persecución y acoso laboral debido a sus solicitudes, generándole desmotivación y estrés laboral²⁴; (xv) acta de reunión del Comité de Convivencia de 09 de abril de 2018, en que atendiendo las quejas del actor decidieron verificar el horario de 17 de noviembre de 2017 y, las funciones enviadas en la última anualidad en cita²⁵; (xvi) comunicación de 17 de abril de 2018, en que el Representante Legal de Janus Ltda. Javier Antonio Ramírez peticionó soporte del estado de salud actual, allegando los que evidenciaran y/o certificaran la enfermedad catastrófica señalada como VIH, *“la cual ha sido expuesta verbalmente por usted en varias ocasiones”*, solicitud que realizaba conforme al artículo 29 del Reglamento Interno de Trabajo²⁶; (xvii) correo electrónico de 17 de abril de 2018, de Ivonne Torres para el accionante, informando la programación de los exámenes médicos

²² Folio 54.

²³ Folio 53.

²⁴ Folios 56 a 57.

²⁵ Folios 58 a 61 y 431 a 433.

²⁶ Folio 62.



periódicos para el día 19 de los referidos mes y año²⁷; (xviii) respuesta del Comité de Convivencia de 17 de abril de 2018, respecto al cambio de horario para estudio indicando *“en el mes de septiembre de 2017 le fue otorgado un cambio de horario los días sábados para que usted asistiera a su jornada laboral de 7 de la mañana a 12 del mediodía en la institución Corporación Tecnológica Empresarial en el programa, técnico laboral en Auxiliar de Recursos Humanos, ya que estaba dentro de las posibilidades laborales y horarios que la empresa así lo permitiera. Al verificar la desigualdad de oportunidad que nombra en el documento, podemos constatar que las funciones entre el personal del departamento de contabilidad no son las mismas y por la naturaleza de las condiciones de cada uno no existe semejanza donde se evidencie un trato de anulación a su deseo de realizar sus estudios. No evidenciamos soporte de solicitud escrita con antelación a su inscripción o matrícula a la institución educativa donde dice va a iniciar sus estudios superiores actualmente. El cambio de horario que indica en el documento que se dio meses después de la firma de su contrato se dio por mutuo acuerdo, bajo su aceptación y por beneficios económicos. Siendo contradictoria su versión ante el comité ya que inicialmente manifestó que fue por obligación posteriormente confirmó que acepto por dicho beneficio económico. No obstante, la normatividad no contempla obligación alguna sobre permisos para asistir o cubrir responsabilidades académicas de ninguna índole, por ello, es potestativo al empleador, concederlo”, en cuanto al aumento de salario “es potestad del empleador realizar un aumento salarial anualmente cuando este sea superior al salario mínimo legal vigente, al revisar las funciones de su excompañero Arnold Tovar verificamos que no eran las mismas que tenía usted a su cargo, por complejidad y responsabilidad. La tarea de dar respuesta a las solicitudes contables a través de la intranet kyara era compartida en horarios que permitían brindar soporte a los usuarios”, respecto a la carga laboral “a partir de la desvinculación del señor Arnold Tovar se le asignaron tres funciones a su cargo, de las cuales según la indagación del comité al día 10 de abril de 2018 no se ha cumplido ninguna, siendo el día 04 de abril la solicitud formal de su jefe directa como entrega, generando una reorganización dentro del departamento a la asignación de funciones dada su negativa de realizarlos”, concluyendo que no contaba con prueba alguna que*

²⁷ Folio 63.



demonstrara la persecución laboral alegada, tampoco evidenciaron acoso laboral o persecución de Janus Ltda., pues, no existía un cambio permanente de horario que desmejorara sus condiciones laborales o personales, ni tenía una carga excesiva de trabajo, anotando como compromisos que el convocante se abstuviera de realizar comentarios que desestabilizaran la armonía y buen entorno laboral, de hacer comentarios hostiles o descalificantes, cumplir con sus funciones en el tiempo indicado siguiendo las indicaciones de su jefe directo y, comunicarse de manera asertiva verbal y escrita al interactuar con sus compañeros y superiores²⁸; (xix) examen médico ocupacional de 19 de abril de 2018, en que recomiendan valoración de ortopedia y terapia física, además, de hacer pausas activas, higiene postural, psicología, nutrición, vacunación y trabajo social anual, entre otros²⁹; (xx) solicitud de 19 de abril de esa anualidad, en que el Representante Legal de la accionada petitionó a MEDIMAS EPS copia de la historia clínica del demandante³⁰; (xxi) respuesta de 23 de abril siguiente, en que MEDIMAS EPS negó la remisión de la historia clínica dada su custodia³¹; (xxii) solicitud de 25 de abril de 2018, en que Jholwer Fabián Lezama Díaz petitionó al Ministerio de Trabajo investigara su acoso y persecución laboral³²; (xxiii) correo electrónico de 25 de abril de 2018 enviado por el accionante para Ivonne Torres, señalando que no era viable que ella hiciera parte del Comité de Convivencia³³; (xxiv) correos electrónico de 25 de abril siguiente, entre Luz Marina Suárez y el demandante, en que ella le mencionó que su respuesta sobre la entrega del estado de cuenta de Almacenes Éxito fue altanera e inadecuada, subiendo el tono de voz e indicando que no estaba al día, sin tener en cuenta las observaciones

²⁸ Folios 65 a 69.

²⁹ Folio 70.

³⁰ Folios 477 a 478.

³¹ Folio 479.

³² Folios 71 a 75.

³³ Folio 76.



de no estar chateando; por su parte, el accionante contestó que le había generado presión en temas que fueron encargados a su compañero Arnold y, estaba en el *whatsAap* hablando necesariamente con él, además, su tono voz es siempre así; asimismo, Luz Marina Suárez contestó que Arnold había enviado los archivos correspondientes y consideraba que continuaba en la misma tónica, por lo que, le invitaba a revisar el tono de voz y la forma en que la dirige; (xxv) memorando de 25 de abril de 2018, dirigido al personal del Área Contable sobre las fechas de compromisos y actividades contables de abril³⁴; (xxvi) respuesta de 30 de abril de 2018, del demandante señalando que no entendía por qué le enviaba correos después de que salía de su horario, además, no mentía respecto a que Arnold no le explicó y, su tono de voz era así³⁵; (xxvii) solicitud de 04 de mayo de esa anualidad, en que Lezama Díaz pidió permiso para salir a las 05:30 p.m. el día 07 de los referidos mes y año para ir a la inducción de la universidad Andina³⁶; (xxviii) correo electrónico de 04 de mayo de 2018, remitido por Ivonne Torres al convocante, negando el permiso solicitado³⁷; (xxix) acta de reunión del Comité de Convivencia de 09 de mayo de esa anualidad, en que se citó a Luz Marina Suárez para que informara sobre la distribución de funciones del demandante³⁸; (xxx) comunicación de 17 de mayo siguiente, en que la Coordinadora de Talento Humano solicitó a Lezama Díaz informara por qué no había entregado la conciliación de Bancolombia que se había programado para los días 04 de abril y 04 de mayo, la razón de que existiera doble abono para los clientes Gigabyte Colombia y Grupo Techpro, si había recibido capacitación sobre la conciliación de los cheques avalados, si los días 04, 09, 10 y 11 de mayo envió información confidencial a correos que no eran

³⁴ Folios 448 a 449.

³⁵ Folios 77 a 78.

³⁶ Folio 80.

³⁷ Folio 79.

³⁸ Folios 434 a 437.



corporativos y ajenos a la compañía, si el 12 de mayo consumió bebidas alcohólicas en las instalaciones de la empresa, el motivo de las llegadas tardes los días 07, 09 y 15 de mayo, así como su retiro antes de la hora de salida el 05 de mayo, entre otras³⁹; (xxx) oficio de 05 de junio de 2018, en que la Coordinadora de Talento Humano petición al actor informara por qué no había entregado las conciliaciones de caja, tarjetas de crédito y bancos con los respectivos formatos que se había programado para 01 de junio, así como los informes de las Inter compañías y conciliaciones definitivas con los ajustes requeridos que eran para el 02 de junio, informara el motivo de su llegada tarde el 31 de mayo y, de retirarse antes de la hora de salida los días 16, 18, 23, 24, 29 y 31 de mayo, así como 01 de junio⁴⁰; (xxxii) acta de audiencia de 10 de junio de 2018, en que la Inspectora de Trabajo RCC 15 del Ministerio de Trabajo conminó preventivamente a Janus Ltda. a activar los mecanismos de prevención de acoso laboral de inmediato y programara actividades pedagógicas o terapia grupal de manejo de las relaciones laborales⁴¹; (xxxiii) solicitud de 15 de junio de 2018, en que el convocante petición a MEDIMAS EPS le remitiera la solicitud que hizo su empleadora respecto de su historia clínica⁴²; (xxiv) respuesta de 06 de julio siguiente, en que MEDIMAS EPS informó que el 20 de abril de 2018, Janus Ltda. le solicitó certificación o historia clínica sobre su estado de afiliación, respondiendo que la historia clínica tiene carácter reservado⁴³; (xxxv) comunicación de 18 de junio de ese año, en que la Coordinadora de Talento Humano de Janus Ltda. Ivonne Torres Rodríguez, informó a Lezama Díaz que en el memorial de 17 de mayo anterior, se le había indicado las presuntas faltas y el proceso para que rindiera descargos por escrito o verbalmente, sin embargo, en

³⁹ Folios 82 a 83.

⁴⁰ Folios 84 a 85.

⁴¹ Folios 86 a 87.

⁴² Folio 88.

⁴³ Folios 100 a 101.



aras de garantizar la transparencia del proceso disciplinario lo citaban a rendir descargos el 20 de junio siguiente⁴⁴; (xxxvi) correos electrónico de fechas 18, 19 y 25 de junio de 2018, en que el accionante manifestó a Torres Rodríguez y a Luz Marina Suárez, su inconformidad por negar el permiso para asistir a su cita odontológica⁴⁵; (xxxvii) correo electrónico de 20 de junio de 2018, en que Jholwer Fabián Lezama Díaz informó a la Coordinadora de Talento Humano que no asistiría a la diligencia de descargos, porque, se había diligenciado acciones disciplinarias sin pruebas ni debido proceso, por ende, él tuvo que recolectarlas, además de una sobrecarga laboral que le había generado deterioro físico y mental por acoso, asimismo, aludió a los daños emocionales y físicos generados por persecución en su contra; recibiendo por respuesta que la compañía continuaría con la diligencia de descargos presentando las pruebas que poseía⁴⁶; (xxxviii) escrito de 20 de junio de 2018, en que el accionante respondió las presuntas faltas alegando sobrecarga de trabajo, sin mejora salarial, modificación de entrega de actividades por su jefe directa, que consideró arbitrario, falta de acompañamiento de su jefe en las labores, desigualdad salarial, negativa al permiso para estudiar y falta de trámite de sus quejas por el Comité de Convivencia, por ende, acudiría a las entidades correspondientes⁴⁷; (xxxix) actas de reunión del Comité de Convivencia de fechas 13 de julio, 01 de agosto y 13 de septiembre de 2018, en que se leyó el plan de convivencia y se eligió al representante de los trabajadores como miembro del comité, precisando que el demandante fue candidato, pero solo obtuvo un voto, por tanto no salió elegido⁴⁸; (xl) solicitud de 19 de julio de 2018 y su adición de 14 de septiembre siguiente, mediante la cual la enjuiciada petitionó al Ministerio de Trabajo autorización de despido

⁴⁴ Folio 89.

⁴⁵ Folios 90, 91, 92 y 98 a 99.

⁴⁶ Folios 93 a 94.

⁴⁷ Folios 95 a 96.

⁴⁸ Folios 438 a 461 y 462 a 469.



con justa causa de Jholwer Fabián Lezama Díaz, informando sus constantes faltas y llamados de atención, así como los soportes de éstos⁴⁹; (xli) misiva de 21 de julio de 2018, a través de la que la Coordinadora de Talento Humano recordó al actor el horario de trabajo, pues, se evidenciaba que los sábados estaba llegando con antelación al horario⁵⁰; (xlii) comunicación de 06 de agosto de esa anualidad, en que Janus Ltda. cumplió lo ordenado por la Inspectora de Trabajo aportando los soportes de las actividades pedagógicas sobre acoso laboral como la charla efectuada el 03 de agosto, las comunicaciones enviadas a los trabajadores para que asistieran y el control de asistencia⁵¹; (xliii) memorando de 24 de agosto de ese año, en que la Coordinadora de Talento Humano requirió al demandante para que informara si había cumplido con la entrega de Inter compañías, conciliación de tarjetas de crédito y conciliación de bancos en las fechas estipuladas, con la entrega de las conciliaciones bancarias a Bancolombia por los meses de marzo a junio de 2018, si tenía pendiente de entrega 2362 documentos de Janus Ltda. y 143 documentos de Shopping a la persona encargada de archivo, si durmió en el puesto de trabajo y en horario laboral el día 04 de julio anterior, si se había retirado el 21 de agosto de 2018 a las 06:00 p.m., informara el motivo de las llegadas tarde los días 06 de junio, 05, 07, 13, 26, 28 y 31 de julio, 01, 06, 09, 11, 16, 17, 21 y 22 de agosto de 2018, así como las salidas antes del horario establecido los días 05, 06, 07, 08, 12, 19, 20, 21 y 27 de junio, 03, 04, 05, 06, 11, 12, 24, 26, 27, 30 y 31 de julio, 01, 02, 06, 08, 09, 13, 14, 16, 17 y 22 de agosto⁵²; (xliv) comunicaciones de 07 de septiembre de 2018, informando al demandante que tenía derecho a responder el memorando por las presuntas faltas, presentar escrito de descargos o rendirlos

⁴⁹ Folios 273 a 433.

⁵⁰ Folio 97.

⁵¹ Folios 246 a 253, 254 a 261, 262 a 433 y 435 a 436, así como CD folios 249 a 253.

⁵² Folios 103 a 106 y 264 a 267.



verbalmente, además, de citarlo a descargos para el siguiente día 10⁵³; (xlv) acta de audiencia de descargos de 10 de septiembre de 2018, que refiere que el 24 de agosto anterior, se le entregó memorando al actor por presuntas faltas, quien se negó a firmarlo, que el 01 de septiembre, Lezama Díaz solicitó las pruebas de sus presuntas faltas, que el siguiente día 05, se vencieron los términos para rendir descargos de manera verbal o escrita, que el día 07 de los referidos mes y año, se le entregó citación para rendir descargos el 10 de septiembre a las 10:00 a.m., recibiendo como respuesta del actor solicitud de permiso para citas médicas en la última calenda para las 09:00 a.m. y 10:00 a.m.; a las 11:45 a.m. del 10 de septiembre de 2018, se inició la diligencia de descargos, al accionante le fue leído el memorando y se le presentaron las pruebas de cada punto, adicionalmente, le hicieron las siguientes preguntas: a) ¿si había cumplido con la entrada de Inter compañías, conciliación de tarjetas de crédito y conciliación de bancos en las fechas estipuladas de cierre contable de julio?, respondiendo *“si y no, sí he entregado las cosas en la medida que he terminado y no porque Kyara me consume mucho tiempo”*, la empresa dejó constancia que a la fecha de la diligencia no se habían remitido las conciliaciones del mes de julio, b) ¿si cumplió con el tiempo estipulado en reunión del área contable realizada el 12 de julio de 2018 respecto de entregar las conciliaciones bancarias de Bancolombia el siguiente día 24, que correspondían a los meses marzo a junio?, contestando *“si y no, sí he entregado las cosas en la medida que he terminado y no porque Kyara me consume mucho tiempo, no recuerdo bien las fechas de entrega”*, c) ¿indicar si al conciliar bancos después de las fechas estipuladas descuadra las inter compañías desde abril?, respondiendo *“esos tres puntos que usted me habla para mi son el mismo tema Kyara es muy engorroso”*, d) ¿indicar si tiene pendiente por entregar a la

⁵³ Folios 268 y 269.



persona de archivo aproximadamente 2362 documentos de Janus y 143 documentos de Shopping de febrero?, contestando “si y no, antes del memorando entregué una parte y ahora entregué otra”, e) ¿indique si solicitó la anulación de un baucher duplicado (L – 4 – 11604) el 10 de agosto de 2018, sin la autorización de su jefe directa y de manera informal?, respondiendo “si lo mandé anular porque yo dupliqué un baucher sin querer, yo hago baucher cada fin de mes y me di cuenta que había un día duplicado, el día 13 y le dije a Luis que me lo anulara, nunca he tenido la necesidad de pedirle permiso a Luz Marina o a la señora Consuelo”, f) ¿indicar si se había dormido en su puesto de trabajo y en horario laboral el 04 de julio de 2018?, contestando “no sé a qué se refieren ustedes a dormir, ya que me recosté en el puesto mío 10 minutos porque tomo pastas de psiquiatría que son muy fuertes para mí, que nunca en mi vida las había tomado, al psiquiátrico tengo que ir cada ocho días, la pasta es muy fuerte me dio malestar y me recosté 10 (diez) minutos”, g) ¿indique si usted se retiró el 21 de agosto de 2018 de su sitio de trabajo a las 06:00 p.m., luego de recibir la instrucción a través de correo electrónico de tomar el permiso el siguiente día 22, además, que la compañía no tenía personal para suplir sus funciones?, respondiendo “ese correo nunca lo vi el mismo día, porque tomo esto, porque mi salud está por encima de todos ustedes, mis citas médicas se agendan en un librito, no se pueden agendar telefónicamente”, h) se le preguntó sobre sus reiteradas llegadas tarde de 06 de junio a 22 de agosto de 2018, contestando “eso no lo refuto, es verdad porque yo vivo demasiado lejos, en Bosa que es muy engorroso y a mi me toca en transmi o en bus”, i) ¿por qué se retiró del sitio de trabajo antes de la hora de salida, de 05 de junio a 22 de agosto de ese año?, respondiendo “ese tema si es muy engorroso con ustedes porque yo no voy a dejar la universidad y ustedes no lo aceptan, yo avisé con tiempo el tema de mi universidad”, j) ¿en repetidas ocasiones se ha verificado que usted accede a utilizar recurrentemente su celular personal en el lugar y horario de trabajo con qué finalidad?, contestando “como todo el mundo aquí”, al presentarle



un video, le preguntaron ¿mirando series en horario laboral? respondió “sí”⁵⁴; (xlvi) carta de renuncia de 12 de septiembre siguiente, en que Lezama Díaz manifestó a la enjuiciada que terminaba el contrato por causas imputables a la empleadora, apoyándose en los hechos de ocurrencia reiterada en su contra por la jefe inmediata Luz Marina, el Gerente General y Representante Legal Javier Ramírez y, la Coordinadora del Área de Talento Humano para que renunciara, siendo evidente la sobrecarga laboral, la persecución y el constante acoso laboral que le provocaron desorden en su capacidad física y mental, además, de actos discriminatorios por su enfermedad catastrófica informada a la compañía por sus superiores, encontrando cambios notorios con sus compañeros que dejaron de hablarle y evitaban tener contacto con él, desmotivándolo para asistir a su lugar de trabajo, debiendo acudir a consultas psicológicas y psiquiátricas, adicionalmente, fue al único trabajador que le negaron permiso para estudiar y finalizar su carrera profesional, tampoco le permitieron adecuar su horario, le negaron el aumento salarial desde abril, aunque al resto de la compañía sí, consideró vulnerados sus derechos fundamentales de privacidad e intimidad, educación, salud y acceso a un trabajo digno⁵⁵; (xlvii) historia clínica del convocante⁵⁶; (xlviii) examen médico post ocupacional realizado por Cediantra el 17 de septiembre de 2018, en cuyos términos el resultado de Lezama Díaz era satisfactorio y no se le hacían recomendaciones⁵⁷; (xlix) reglamento interno de trabajo, documento incompleto⁵⁸; (I) solicitud de 18 de diciembre de 2018, en que la enjuiciada petitionó al Ministerio de Trabajo respondiera formalmente la solicitud de autorización para despedir con justa causa a Lezama Díaz⁵⁹; (II) certificación laboral de

⁵⁴ Folios 111 a 125 y 214 a 230.

⁵⁵ Folios 107 a 110.

⁵⁶ Folios 126 a 178.

⁵⁷ Folio 213.

⁵⁸ Folios 437 a 441.

⁵⁹ Folio 400.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

Acoso Laboral No. 002 2019 00105 01
Jhofer Fabián Lezama Díaz Vs. JANUS LTDA. y otros

19 de marzo de 2019, en que la Coordinadora de Talento Humano hizo constar que José Arnoldo Tovar Rodríguez estuvo vinculado a Janus Ltda., como Auxiliar Contable de 13 de abril de 2015 a 28 de marzo de 2018, con una remuneración mensual de \$963.000.00, más auxilio de transporte⁶⁰; (lii) certificaciones laborales de 19 de marzo de 2019, en que la Coordinadora de Talento Humano hizo constar que Tania Carolina Barros Torne, estuvo vinculada a esa empresa con un contrato de aprendizaje en el cargo de Técnico en Contabilización de Operaciones Comerciales y Financieras de 01 de junio de 2017 a 05 de febrero de 2018, con un salario mensual de \$781.242.00 y, desde 12 de febrero siguiente, con contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de Auxiliar Contable y remuneración mensual de \$937.710.00⁶¹; (liii) certificación laboral de 21 de marzo de 2019 en que la Coordinadora de Talento Humano hizo constar que Luis Miguel Cuadros Alfonso estuvo vinculado a Janus Ltda., como Analista Contable de 27 de junio de 2017 a 17 de enero de 2019, con una remuneración mensual de \$1'400.000.00, más auxilio de transporte⁶²; (liv) hoja de vida del convocante⁶³; (lv) 15 solicitudes del demandante sobre permiso para asistir a citas médicas de noviembre de 2017 a agosto de 2018⁶⁴ y; (lvi) Resolución 000034 de 10 de enero de 2020, en que el Coordinador del Grupo de Atención al Ciudadano y Trámites de la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio de Trabajo, archivó la solicitud de autorización de terminación del contrato de Lezama Díaz, pues, había finalizado, por ello, desapareció la causa que dio origen a la solicitud⁶⁵.

⁶⁰ Folio 473.

⁶¹ Folios 474 y 475.

⁶² Folio 476.

⁶³ CD folio 522.

⁶⁴ CD folio 522.

⁶⁵ Folios 526 a 528 y 530 a 531.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

Acoso Laboral No. 002 2019 00105 01
Jholwer Fabián Lezama Díaz Vs. JANUS LTDA. y otros

Se recibieron los interrogatorios de parte del Representante Legal Javier Antonio Ramírez⁶⁶, de Ivonne Torres Rodríguez⁶⁷, de Luz Marina Suárez⁶⁸ y, de Jholwer Fabián Lezama Díaz⁶⁹, así como los

⁶⁶ CD Folio 518, min. 19:22, que no era cierto que impusiera sanciones, sin efectuar el proceso disciplinario previo del reglamento interno de trabajo; siempre se le ha presentado al demandante un documento informándole las faltas que presumimos cometió y se le da el tiempo para que presente las pruebas y si esta conforme o no; nunca le notificaron la suspensión del contrato, sino que fue Lezama Díaz fue quien decidió renunciar, nunca fue presionado; el demandante presentó queja de acoso laboral ante el Ministerio de Trabajo; la empresa nunca dio instrucción a Ivonne Torres Rodríguez, ni a Luz Marina Suárez para ejercer actos de presión para que renunciara; las funciones del demandante y Arnoldo Torres eran diferentes, además, no cuentan con un escalafón salarial y los sueldos se asignan de acuerdo con las competencias de cada persona; el superior jerárquico del actor era Luz Marina Suárez, la jefe del Departamento de Contabilidad, quien le impartía ordenes; el convocante nunca presentó queja porque su jefe inmediato estuvieran incurriendo en actos discriminatorios y de acoso laboral, sino que presentó una queja ante el Comité de Convivencia de la compañía, diciendo que era víctima de acoso laboral, pero, no nombró puntualmente a las personas; el Comité de Convivencia esta compuesto por miembros elegidos popularmente por los empleados y otros nombrados por la empresa, el Comité recibió la queja, indagó las pruebas y con diferentes personas para verificar lo que Jholwer Fabián decía, luego, le dieron la respuesta que fue que no había un acoso laboral y si persistía la inconformidad fuera al Ministerio de Trabajo; el salario del demandante podía variar, si tenía la intención de aprender nuevas tareas y ejecutarlas correctamente, el actor arrancó con el salario mínimo, se le iba reajustando y a lo último ganaba un poco más que el mínimo, nunca devengó \$1'200.000.00, las mejoras como auxiliares contables se daban por hacer tareas más importantes y de los conocimientos de cada persona; la tarea más sencillas son las conciliaciones bancarias, que era lo que puntualmente el accionante hacía, también respondía solicitudes contables que se generaran en línea de parte de los asesores comerciales de la compañía, que se administra con un software que se llama kyara, mediante el cual los usuarios de una tienda le envían una consignación y el señor entra al banco, la valida que este depositada para evitar un robo por parte del cliente y si es correcto procede a hacer el documento que corresponda y archivar la documentación de las transacciones; el convocante era el auxiliar más básico, los otros auxiliares contables hacían otras funciones como liquidaciones de importaciones y hacer la diferencia de cambio, hay otra persona de impuestos y otra de causaciones; el primer jefe directo del demandante fue Consuelo Mojica, quien era la Jefe del Departamento de Contabilidad, la requirieron varias veces porque entregaba la información contable tarde y, finalmente, le terminaron el contrato de trabajo sin justa causa, el demandante tuvo una buena relación con Consuelo, mientras que con Luz Marina Suárez la relación no fluía, porque él no atendía las indicaciones de ella; procedieron hacerle llamados de atención por escrito al actor por llegadas tardes, no entregar la información de competencia a tiempo según el cronograma general, pero, la situación se fue deteriorando cada vez más, ya que, él cada día quería trabajar menos, sistemáticamente llegaba tarde, ni entregaba la información, obstaculizando la labor, llegó un momento en que el escrito tenía un arrume de papeles sin archivar de varios meses, se le solicitaba que lo hiciera, se le preguntaba la razón de sus retardos, estas situaciones se presentaron en un período de más de 06 meses, primero le hicieron las llamadas de atención verbales, luego, escritas, luego, le pasaban los documentos informando las presuntas faltas para que él ejerciera su defensa y respondiera, pero, no lo hacía, seguían informándole que estaba reincidiendo en todas las cosas, sobre todo las llegadas tarde y entrega de informes, consumía bebidas alcohólicas en el establecimiento; frente a esta última circunstancia, la superior de él remite el caso al Departamento de Recursos Humanos, le hicimos el documento enunciando las faltas y haciéndole preguntas puntuales, él no respondió dentro de los 08 días que otorga el reglamento, respondió a los 20 días que no entendía las preguntas, nunca contestó el segundo memorando y luego, tuvo que ir hasta el puesto de trabajo de él para la diligencia de descargos, se citaron dos personas del Departamento de Garantías para que no tuvieran que ver con el departamento de Contable, para mayor garantía le dijeron que estaba siendo grabado y él respondía de manera burlesca e irrespetuosa, la grabación se portó, además, de otros videos de las cámaras de seguridad que se la pasaba en el celular o haciendo otras cosas; esos 06 meses, fueron para garantizarle el debido proceso ante el Ministerio de Trabajo, porque, el demandante informó en el comité de convivencia que era VIH positivo, socializando su condición de salud, además, la compañía conocía esa situación desde que ingresó a la compañía, pues, manifestó su enfermedad a Natali González y Javier Ramírez, incluso se informó al presidente de la compañía quien estuvo de acuerdo de contratarlo, sin discriminación alguna a su estado de salud u orientación sexual, sino que dijo démosle la oportunidad; después fue cuando Lezama Díaz lo socializó de manera exaltada en el Comité de Convivencia, entonces, fueron al Ministerio de Trabajo porque había una queja de acoso que el actor presentó y la funcionaria les dijo que no veía conductas de acoso, pero, que era necesario que hicieran una charla sobre el acoso laboral, lo cual hicieron con el fondo Protección, se hizo la charla con todos los empleados en el auditorio y también procedieron a implementar pausas activas tanto en la mañana como en la tarde, pero, el demandante en varias oportunidades se negaba a asistir, surtido ese trámite, la situación era inmanejable porque Fabián no quería mejorar, entonces, la empresa fue al Ministerio de Trabajo para ver si era posible terminar la relación laboral, pero, nunca recibieron respuesta del ministerio, luego, complementaron la solicitud con las nuevas faltas del accionante, tampoco les contestaron y, finalmente, el demandante abandonó la empresa diciendo que era un retiro propiciado por el empleador y por el acoso que sentía.

⁶⁷ CD folio 518, min. 49:20, dijo que la empresa no le dio la orden de ejercer presión contra el actor para que renunciara, ella tampoco ejerció presión alguna; el contrato de trabajo del accionante se terminó porque él entregó una carta a la empresa finalizando el contrato, pero, ya no recuerda la causa; el demandante presentó una queja de acoso laboral ante el Comité de Convivencia, diciendo que había acoso laboral, pero, no recuerda los puntos específicos; en el reglamento interno de trabajo, recuerda que se le hace un llamado de atención inicialmente y se le da a la persona unos 08 días hábiles para que responda las presuntas faltas, ese era el procedimiento al que se ceñía cuando ella trabajó en Janus; siempre que se le hicieron llamados de atención, se hizo el procedimiento del reglamento interno de trabajo; el cargo de la absolvente era coordinadora de talento humano; los casos de acoso laboral eran tomados por el Comité de Convivencia, ella hacía parte de dicho comité, al que llegó una queja por acoso laboral del demandante por recargo de actividades y por el trato de la contadora, fue revisado el asunto y determinaron que no había acoso con fundamento en la ley y a las capacitaciones de Cámara de Comercio, a quienes consultaron el caso; realizaron entrevistas a Luz Marina Suárez y no recuerda a quien más, pero, fue a las partes involucradas al demandante y a quienes podían ser testigos.

⁶⁸ CD folio 518, min. 57:40, dijo que es Contadora y es la Jefe de Contabilidad de la empresa accionada; no se hacen llamados de atención sin el descargo previo; el demandante renunció, pero, el motivo lo sabe es el Jefe de Recursos Humanos; Lezama Díaz presentó una queja de acoso laboral ante el comité de convivencia laboral argumentando varios motivos, los cuales ella contestó por ser infundados; no presionó al actor para que renunciara, tampoco le dieron la orden de ejercer presión contra él; era la superior inmediata



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

Acoso Laboral No. 002 2019 00105 01
Jhofwer Fabián Lezama Díaz Vs. JANUS LTDA. y otros

del demandante, ella llegó a reestructurar el área contable y él se encargaba de atender el aplicativo kyara, la parte de conciliaciones de todos los bancos, además, hablo con todos y les indicó que se podía mejorar el proceso; cuando empezó la reestructuración, el accionante al principio se mostró colaborativo, cuando le preguntó cómo podían mejorar las cosas, pero, al reasignar a cada uno de los integrantes las funciones él decía que no podía con esas funciones, que se necesitaban dos personas que le ayudaran con el tema de conciliaciones, ella le indicaba que estaba dentro de sus obligaciones, se estructuraron los tiempos de entrega y, él decía que no podía, incumplía con las entregas, entonces, como él no entregaba a tiempo, ella terminaba incumpliendo en gerencia y en la entregar los informes financieros; antes de la reestructuración, habían dos auxiliares que hacían lo que él hacía de conciliaciones y, él tenía todo lo de kyara, entonces, ella llegó y revisó, se dio cuenta que él podía cumplir con kyara y las conciliaciones en sus respectivos tiempos, porque no era necesario que se apoyara en las demás personas; ante el incumplimiento en las obligaciones por parte de Lezama Díaz al principio le envió correos, diciéndole que se había vencido el plazo para entregar las conciliaciones y le recordaba los tiempos, además, le decía que le estaba afectando con la falta de entrega de las conciliaciones, pues, la otra persona no podía hacer lo de inter compañías; ella no le hacía llamados de atención, estos le competen a los de recursos humanos; el correo general de fechas de entregas se enviaba los 23 o 24, pues, cada uno tiene una función asignada y un tiempo que tenía esa tarea para así entregar los estados financieros el 05 de cada mes; el accionante respondía que él no podía, no tenía tiempo para entrega, ya que, Kyara le absorbía todo el espacio; ella le indicaba de buena forma “ven tu puedes entregar mira que tus compañeros entregan a tiempo, igualmente tu puedes entregar no le veo inconveniente”, esto se lo decía verbalmente, pero, el reiteraba que Kyara le consumía mucho tiempo y no podía cumplir; a lo último, le informó a Talento Humano para que tomara los correctivos necesarios, porque ella al principio se quedó callada, pero, el tema se tornó insostenible porque le contestaba mal y decía hagan lo quieran, pues, Lezama Díaz ya no quería hacer nada, se ponía dormido en el puesto de trabajo y ella le decía “ven hay cosas que entregar, entrega”, en una oportunidad, había que entregar las conciliaciones un lunes, ella le preguntó al convocante y él le dijo no el sábado tuve mucho de kyara, entonces, ella pidió a sistemas que revisara los informes de kyara y solo habían sido 06 o 07, entonces, ella no entendió que fue lo que él hizo el sábado, pues, había tenido toda la tarde para hacer las conciliaciones y entregarlas, además, en la cámara se vio que se la pasó pegado al celular, sin interés de entregar sus obligaciones; tiene estimado que le hicieron como 05 o 07 llamados de atención en un período de 05 meses seguidos; como él no cumplía, le tocó reasignar las funciones muchas veces hasta que él quisiera hacer la función, por ende, ella entregaba los estados financieros atrasados; la forma de control de ella era que le entregaran; TALENTO Humano hacía un proceso con un memorando; ella sostuvo varias reuniones verbales con el accionante, le decía “tú puedes entregar, ayúdame con eso si yo te comento y te digo lo de las funciones es porque tu puedes hacerlo, pon más de tu parte”, y él le decía “yo no puedo, haga lo que quiera” y había un tono despectivo por parte de él; el Comité de Convivencia la notificó de la queja del actor y asistió puntualmente a responder lo que estaba preguntando, él había dicho que tenía mucho trabajo que ella lo había sobre cargado de trabajo y que no le tenía consideración, ella contestó que no era cierto y él tenía funciones que él podía cumplir sin inconveniente; la entrevista se la hicieron los del Comité, que eran Ivonne, Yeimy y otra chica, cree que eran 04 pero, no recuerda, en esa entrevista le preguntaron si el demandante había entregado las conciliaciones, también se trato el tema de que Lezama Díaz era agresivo con ella, exponiendo también ese tema; la invitación del comité fue que se comportaran, porque ella estaba cumpliendo las funciones, le pidieron a él que mejorara el ambiente con todos, ya que, estaba generando ese mal malestar.

⁶⁹ CD folio 518, min. 01:14:08, dijo que cuando inicio su horario era de 09:00 a.m. a 06:00 p.m. de lunes a viernes y sábados de 09:00 a.m. a 12:00 m., después hubo un cambio de horario porque necesitaban a alguien de contabilidad en la tarde para lo de ventas y él tomó la vocería y tomó el turno de la tarde porque necesitaban horas extras para ingresos hay trabajaba de 09:00 a.m. a 06:00 p.m. de lunes a viernes y sábados de 02:00 p.m. a 07:00 p.m.: su cargo era auxiliar contable, él hacía las cajas de cuatro ciudades, conciliaba y cuadraba la caja de shopping, la otra empresa de Janus conciliaba las cuentas de socios, hacía egresos, gastos de causaciones de compras y d ventas, facturas, después aumentó la carga laboral, porque le colocaron las labores del compañero Arnoldo, que renunció, bueno renunciaron 03 y todo le tocó a él; él trabajaba por Skype con los empleados de ventas de todas las ciudades, lo que le consumía mucho tiempo y no podía hacer sus funciones, era hacer lo de Skype, lo de caja, él trabajaba bien hasta una incapacidad de dos meses por un accidente de moto en el 2018, que le afecto su mano izquierda, cuando regresó su trabajo se había cuadruplicado, entonces, él explicó que su trabajo se había incrementado mucho y necesitaba menos peso, le dijeron que no tenía un certificado médico que dijera que no podía trabajar tanto tiempo o usar prolongadamente el teclado, luego, se fue Arnoldo y le pasaron todo, cheques, boucher, temas de éxito, cosas que nunca manejaba, pero, que su excompañero pretendía que aprendiera en una hora y le hizo un acta de entrega, le dijo que no podía porque la verdad una hora, no era para entregar el tema y se negó a firmar el acta de entrega; sus funciones puntuales eran conciliaciones y actas de caja, además, de egresos contables; primero, se fue Yeison, analista contable que fue despedido, luego renunció Apolinar Quintero y se le pasaron las funciones al reemplazo, luego, se fue la jefa; las funciones de Yeison se las pasaron a él, que eran gastos de shopping, cuentas de socios, eso no lo afectó mucho, pues, él se iba de último y dejaba todo listo; después de que regresó de la incapacidad pasaron las funciones del auxiliar contable Arnoldo a él, quien manejaba los cheques avalados, el tema de cartera, éxito, boucher, pago de nómina y manejaba dos bancos, todo eso pasó a él, entonces, hay fue cuando él dijo que eso era mucho y su tiempo no daba para ello, porque había un programa llamado Kyara que se inventó Yeimy con los de contabilidad para reducir tiempos de respuesta de los vendedores, ese programa necesita que una persona estuviera abriendo el programa que es lo que la gente envía, entonces tocaba estar pendiente, él tenía su computador dividido en dos en kyara y el programa siglo, le tocaba abrir bancos y eso, por ello, lo de Arnoldo pasó a él y consumida demasiado tiempo porque tocaba enviar al banco en físico mirar en que ciudad estaba el boucher, mirar si realmente el Boucher existía, si era visa o master card; él se quejó en el Ministerio de Trabajo porque lo de Yeison se lo pasaron a él, lo de Arnoldo después de la queja lo dividieron entre él y Tania; en agosto de 2017, entraron auxiliares del Sena para hacer archivo, él les dedicó tiempo y les explicó, luego, él revisaba lo que hacían y se le pasaba a la jefa, pero, después vino la “puñalada” por parte de ellas; le ayudaban con algunas funciones, porque hay temas delicados; él como todos los empleados de Janus Ltda. manejaba su celular, porque no estaba prohibido y él usaba su móvil, pero, con sus datos nada que ver con la compañía y eso no afectaba porque era música YouTube, a veces miraba videos de serie, pero, no afectaba su trabajo realmente; su falta de tiempo no era porque no llegara en los horarios establecidos, pues, cuando no estudiaba se quedaba hasta más tarde para dejar todo al día o salía a almorzar un poquito más tarde para dejar al día, un sábado se quedó hasta las 08:00 p.m., porque estaba atrasado en un tema, sin embargo, el lunes le llegó un memorando donde decía que la empresa le pagaba dos horas que hizo más o menos, pero, no le cancelaban nada más; su primera Jefa inmediata era Consuelo, con ella nunca tuvo problema alguno, porque él vivía en Bosa, porque la empresa quedaba en zona franca, el se transportaba en cicla todos los días llegaba puntual, siempre se iban de última con ella; cuando llegó de la incapacidad estaba Luz Mariana Suárez, ella les dijo que venía a aburrirlos y él le dijo que cómo así, van a cambiar la parte contable y él todo bueno, cuando llegó Luz Marina le pareció que era una persona bien, pero, comenzó a descargar funciones en él, que él no tenía porque cargarlas, ella le reiteró que venía a aburrirlos, entonces, empezó la presión por correo, él le dijo que no le daba tiempo de decirle esto es así o asa, de que si se equivocó por favor arreglarlo, sino que era se equivocó, resuelva, por ejemplo lo del boucher que le parece algo enredadísimo, le indicó no entiendo, ella le dijo usted es viejo aquí



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

Acoso Laboral No. 002 2019 00105 01
Jhofwer Fabián Lezama Díaz Vs. JANUS LTDA. y otros

de Jorge Andrés Ramírez Osorio⁷⁰, Magda Nataly González Barajas⁷¹,
Consuelo Mojica Bernal⁷² y, Yeimi Andrea Moya Murcia⁷³.

resuelva; no dio explicación al memorado de 17 de mayo de 2018, porque, estaba “mamado” de la situación, que dada nada le llegaba un memorando cada 08 o 15 días, por eso no firmaba y cada nada le pasaban memorando indicando que tenía que entregar un documento y él decía si alcanzó si, pero, no alcanzaba, él decía para tal fecha entregó esta parte porque tengo mucho trabajo; al preguntársele sobre el envío de información confidencial de la compañía y pantallazos de la cuenta de Bancolombia, respondió que era falso, pues, nunca lo había hecho, sino que enviaba lo de su banco a su correo, pero, lo de la empresa jamás, mandaba información, ya que, encontraba su computador manipulado y con remoto, entonces, comenzó a notar que las cosas que hacía se las borraban o alteraban, él le dijo a su jefe mire yo hice esto así, pero sale esto así, ella le indicó que no sabía que mirara que hacía, por lo que, empezó a guardar cosas en el computador en una carpeta secreta porque la chica Yeimy miraba y mandaba la información y después decía que él no había hecho nada, por eso guardaba la parte física en sus cajones y mandaba eso a su correo, pero, nunca lo hizo de forma delictiva, él no podía enviar plata a su cuenta ni nada de eso; es falso que haya enviado pantallazos de conciliaciones a terceros; la información que él se envió a su correo, permanece en él como prueba que si hacía sus funciones, porque ellos alegaban que todo su trabajo estaba atrasado y guardó prueba para su demanda; un solo día que fue el día de la mujer o día de la madre consumió bebidas alcohólicas en su trabajo y horario laboral, pues, un cliente por ser ese día le llegó a una compañera de al lado una cerveza en lata y le dio otra a él, pero nunca más; en cuanto a su salud, cuando empezó su proceso en la empresa que tenía más funciones y que no le dejaban ir a la universidad que el salario era igual y nunca había aumentado, pasó una queja a Talento Humano, ella pasó una carta a Comité de Convivencia, entonces, hay Yeimy le decía Fabián porque pide cita médica y él le dijo es un tema que Javier e Ivonne conoce, él pedía citas de control, porque era obligatorio, pero, Javier tiene mucho tema en la cabeza y se le olvida e Ivonne también y, el 04 de abril él le contó a Yeimy que era paciente de VIH, tengo control cada nada, a él le dan citas que no es la fecha que él quiera, sino que le dan una agenda en su cuaderno y de lunes a viernes porque son especialistas, entonces, no afectaba su trabajo realmente, entonces, él le dijo que tenía cita prioritaria para reclamar sus medicamentos y hay se divulgó la información, ese mismo día cuando llegó al puesto de trabajo Ivonne Torres con una carta le decía que allegará a la empresa su certificado de VIH en cista que usted ha divulgado su condición de salud, que se negó a firmar y nunca lo allegó, entonces, ella divulgó la información porque hizo firmar dos testigos Alberto Páez y Luz Marina, fue en ese momento, porque él nunca había dicho nada; lo de su estado de salud se divulgó rápido en la empresa, porque Karla que trabaja en la compañía le dijo a Arley un vendedor “oye es cierto que Fabián tiene sida” y dijo como así, ella contestó “sí porque a mí Javier Ramírez me mandó a hacer una carta a Medimás EPS donde pedía la historia clínica de Fabián”; su horario laboral nunca se afectó por sus controles y sus idas por los medicamentos; su jefe Consuelo nunca se enteró de su condición de salud, además, ella era como una madre para él y fue una buena líder, se enteró hace poquito porque la iba a citar como testigo, en cuanto Luz Mariana Suárez se enteró porque ella firmó como testigo de su condición de enfermedad cuando pidieron el certificado, ella fue bastante prepotente, incluso Ivonne les pidió un correo porque había un mal ambiente y que cada uno expusiera su punto de vista, después de eso puso problema contra él, una vez le gritó que era un mal empleado, incompetente, porque su trabajo estaba atrasado y él le dijo por favor se calma que esta trabajado y ella decía que todo era su culpa; nunca trato de forma despectiva a sus superiores, sino que su tono de voz es fuerte, pero no grosero; en el Comité hubo como una conciliación entre Luz Marina y él, porque el Gerente estaba renuente a cógela contra él, incluso regañó a Ivonne por pedir a Medimas la certificación y no darle persona por estudiar; productor de ir al Ministerio de Trabajo hubo unas pausas activas que se hacían, él bajaba 10 minutos y pero, se le llenaba el computador de trabajo y nadie se lo hacía, no podía dejar sus labores porque eran en línea, entonces, tanto trabajo lo estresaba y lo afectaba mucho, pues, tomaba pastas contra la ansiedad y para dormir tranquilo, entonces, estaba afectado y la charla del acoso fue solo una en tres años; presentó la queja en el Comité, porque sus funciones habían incrementado y por su salario, la queja la interpuso ante Ivonne Torres, su inconformidad por el salario fue porque manejaba los bancos de nómina y notó que todos tenían aumentos menos él, por ejemplo Luis Torres era analista contable pasó de \$1'100.000.00 a \$1'400.000.00 y el de él era de \$856.000.00 y era auxiliar contable, había una diferencia la compra de divisas en estados unidos, aceptó que los cargos eran diferentes, pues, la responsabilidad era distinta al tener la parte de impuestos y divisas; también reclamó porque le negaban las citas médicas; también la queja fue por su universidad, a Javier le contó sobre la feria de la Andina que era cerca del trabajo a dos cuadras, él le dijo que fuera e hiciera la gestión, luego, miramos el horario, él fue, se inscribió y al otro día pago la matrícula inicial, llegó tarde porque estaba sacando las cesantías en el fondo nacional del ahorro, pero, él le aviso a Luz Marina por whatsapp, entonces, ella le contestó que él era el que respondía y le iba a pasar el caso a Ivonne y cuando llegó le colocaron la sanción de un día, él se matriculó en el horario de 06:00 p.m. a 10 p.m., pero, le dijeron que no era permitido por mi horario; también se quejó porque Luz Marina lo trataba mal e, Ivonne al negarle las citas médicas, lo maltrataban laboralmente porque le alzaban la voz, le gritaban, le decían que era un mal empleado, un incompetente, su trabajo nunca estaba bien, esas situaciones se desencadenaban porque él les decía que su trabajo no lo había terminado y le dieran más tiempo, porque no alcanzaba y le respondía que no entendía porque el tema estaba enredado, si ella había explicado suficiente, esta situación se repetía a diario; también lo maltrataban Orlando que trabajaba en cartería del éxito y Yeimy que era de sistemas, porque le decían que no sabía nada de sus funciones, después la queja le bloqueaban el computador, las páginas del Estado o Ministerio de Trabajo; le enviaban correos de hostigamiento, aguantó porque su psicología le decía que aguantara, pues, había entrado en un tema de depresión y ansiedad, iba a citas de psicología cada 08 o 15 días y a psiquiatría una vez al mes, consultas que eran de lunes a viernes y, también le negaban el permiso; en una oportunidad, cuando presentó la queja, lo llamó Javier, Luz Marina e Ivonne le dijeron que buscaba con eso, que sino podía con el trabajo renunciara, Javier le indicó que suma buscaba de ellos, él le dijo Javier mi trabajo está bien hecho, pero, si usted no lo cree despídame y págume lo justo, lo del despido sin justa causa; ese mismo, 15 de abril de 2018, lo llamó y le dijo mire su liquidación, pero tiene que entregar todo al día y mire un bono por ser un buen empleado, él pidió la carta de despido y le dijo no es que usted renuncia, él le indicó que no renunciaba y que hiciera bien las cosas, al otro día, fue el Comité de Convivencia y como a los 15 días, le dieron unos puntos para cambiar, resultando ser el acosador él; cuando le notificaban llamados de atención, presentaba sus desacuerdos a través de correos a Ivonne Torres, diciendo que estaba inconforme con como lo trataban, que era injusto y que lo respetaran; no recuerda cuantas veces llegó tarde, pero, era porque vivía en Bosa y no podía coger un bus llenó porque le apretaban la mano.

⁷⁰ CD folio 518, min.02:01:15, depuso que es el Coordinador de los Sistemas de Gestión de Calidad Ambiental y Seguridad en el Trabajo, ingresó en enero de 2018; no tenía que ver con las funciones del actor; participó en las reuniones del Comité de Convivencia de 2018, en una de ellas se trató el tema del acoso laboral del demandante, recuerda que había un problema porque llegaba tarde y parte de sus retrasos era porque iba constantemente al médico, también pedía disminución del trabajo y en los tiempos de repuesta; en la reunión, se decidió que iban a verificar el caso con el jefe inmediato y en esa reunión, el demandante dijo que tenía que asistir constantemente al



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

Acoso Laboral No. 002 2019 00105 01
Jholwer Fabián Lezama Díaz Vs. JANUS LTDA. y otros

médico porque tenía esa enfermedad; el deponente no asistió a nuevas reuniones, porque se volvió a conforme el comité en el mes de agosto; las funciones del testigo no se veían afectadas por los retrasos del accionante, pero, la persona de archivo Deisy Sarmiento manifestaba que se veía afectaba por las demoras de Lezama Díaz; se escuchaban muchos disgustos en el área de contabilidad, peleas con la jefe inmediata y el accionante era altanero con su superior, el deponente trabajaba cerca y escuchaba muchos desacuerdos; presencié que al convocante le solicitaban constantemente entregara el trabajo sobre todo lo que debían remitir a otras áreas, desconoce porque era la demora.

⁷¹ CD folio 518, min.02:12:15, manifestó que era la Coordinadora de Recursos Humanos de 01 de noviembre de 2015 a 30 de julio de 2017, en el tiempo que estuvo, recuerda que al demandante y a Arnoldo les hicieron un llamado de atención, ya que, ellos tenían una línea de atención sobre temas de facturación y entran a los bancos a verificar que este el dinero y todo el tiempo tienen que estar sentados, entonces, se les pasó para que hicieran llamados de atención; no había quejas sobre el actor, él era una persona dispuesta, nunca mal intencionado, incluso apoyaba en horarios cuando eran extendidos y fines de semana; en el tiempo que ella estuvo, el convocante pidió permiso para una cita odontológica; en ese momento, la Superior era Consuelo, luego, seguía ella, después Don Javier, nunca vio conductas de acoso laboral, ni habían comentarios, ni nada porque sus asuntos personales, de pronto el Coordinador de Calidad Andrés Moreno, que sí hacía comentarios despectivos como “ese marica, ese gay, mire como camina”, los comentarios se los hacía a ella, pero, nunca paso de ahí, cuando escuchaba eso, pedía que se trataran con respeto y, Fabián no se dejaba llevar por ese ambiente, él siempre fue una persona atenta; entre ellos, a veces habían burlas, pero, no se las hacían, ni le decían nada al convocante; solo hubo una discusión entre el actor y Ángelo, porque sus escritorios eran cercanos y se tocaban los pies, pero, no pasó a mayores; no vio acoso laboral; las funciones del actor eran responder en línea a las demás sucursales, se estaba implementando kyara y mirar bancos si entraba o no el dinero, era hacer la conciliación, cuadre cheques, pero, no recuerda más; el demandante no llegaba tarde, bueno, hubo unos dos meses que no estuvo don Javier y todos llegaban un poco tarde, pero, lo compensaban en la tarde; se le pagaba el mínimo inicialmente, pero, no recuerda bien; habían dos auxiliares contables, pero, Arnoldo ganaba más, porque llevaba más tiempo.

⁷² CD folio 518, min.02:27:30, depuso que era la Jefe de Contabilidad de Janus Ltda, trabajó de 11 de mayo de 2009 a 23 de marzo de 2018, fue superior jerárquica de Jholwer Fabián Lezama Díaz, quien era auxiliar contable, habían otras personas en el mismo cargo como Arnoldo Tovar y Apolinar, además, de tener dos aprendices del SENA, las funciones eran diferentes, pues, ella tenía distribuido el trabajo y las funciones estaban divididas de acuerdo a la preparación de cada asistente y auxiliar; no tuvo queja alguna respecto al trabajo del actor; Lezama Díaz pidió permiso para una cita médica y le dijeron que la cambiará por un día de vacaciones en una oportunidad, él no pedía muchas citas; las funciones operativas de Fabián eran hacer registros en el sistema contable, elaborar consignaciones, conciliaciones de cruces de caja, confirmación con las dependencias de ventas de las consignaciones efectuadas por los clientes, manejo de la información como call center, dar respuestas; el horario de trabajo era de 09:00 p.m. a 07:00 p.m. de lunes a viernes y sábados e 11:00 a.m. a 07:00 p.m.; el actor le escribía que venía tarde por un trancón o un inconveniente alguna vez, pero, ella no le llamó la atención; no observo conductas de acoso o actitudes irregulares; nunca tuvo problemas con el demandante.

⁷³ CD folio 518, min. 02:37:12, manifestó que es la Jefe de Tecnología y Mercadeo de la compañía accionada desde 10 de marzo de 2015; es la responsable de la operación de tecnología, mercadeo e imagen de la compañía; el demandante llegó hace como 03 años, al principio no tenían relación directa, pues, la deponente estaba en otra zona; ella asigna los usuarios, perfiles, permisos y lo que sabe del auxiliar contable es que gestiona las solicitudes contables en Kyara y tiene otras funciones de contabilidad; desde el área de tecnología deben garantizar todo el tema de seguridad de la información; detectó que una pasante del SENA estaba usando el usuario de Fabián sin autorización para realizar las funciones de éste, esa situación ponía en riesgo la información, por ello, le informó a él ella que eso no se debía hacer; revisando las carpetas de monitorización, detectó que habían correos que se estaban enviando a una dirección electrónica que no era de la compañía y era un correo de Fabián, situación que estaba prohibida e informó a Javier y le indicó al actor de cómo debía usar adecuadamente los recursos tecnológicos, a través del programa Backup advirtió que el accionante se estaba enviando los pantallazos de Bancolombia y de Davivienda, en los que había información de saldos de los bancos y toda la información que hay en el portal bancario, adicionalmente, encontró que estaba enviando documentos de nuestros sistemas contables con la información de los clientes, situaciones que para ella son muy graves; se dio cuenta que no era Fabián porque Yuly y Tania las practicantes del Sena informaron que estaban usando el usuario del actor, que él le había entregado, ya que, ellas le estaban ayudando a él; en cuanto al envío de la información, ella le dijo a Fabián y el tema laboral ya era tenso, las respuestas de él no fueron amables, tratar con él era muy difícil, incluso en un momento le dijo tu estas sacando información de la empresa y estas borrando información; atendiendo todo eso, verificaron el Backup y salvar la información porque se estaba eliminando la información, generando un malestar a esa área, pues, debían revisar la información a toda hora para no entrar en conflicto personal y como había tanta susceptibilidad, decidió hacer backups y recuperar la información; esa situación constituía una falta grave, entonces, recursos humanos y Gerencia le hicieron un memorando informando las presuntas faltas, se hizo el debido proceso, incluso en la reunión ella le preguntó porque enviaba la información y éste aceptó que lo hacía; ella no puede entrar al computador del accionante, porque sino éste no podría trabajar, ella revisa es el servidor; ella no tenía acceso a Kyara, además, cada persona cuenta con su usuario y clave, ella no puede entrar a mirar el trabajo, lo que hace es descargar los informes de Kyara, ella no puede borrar nada, el informe permite ver el tiempo de respuesta, ella los sacaba cuando los pedía gerencia; ella no tiene acceso a las cuentas bancarias; tuvo que monitorear las cámaras por la eliminación de la información, además, de hacer los bloqueos de páginas como YouTube, entonces, era tedioso para ella, tenía que mirar las cámaras y hacer bloqueos adicionales e informarlo a gerencia, asimismo, encontró que el demandante él se la pasaba en el celular, consumía bebidas alcohólicas con otra compañera de trabajo, veía series, redes sociales, situaciones que informó a Gerencia y entregó los videos; la actitud de Lezama Díaz era a la defensiva, contestaba feo, él era grosero, altanero, a veces decía no hay Kyara o bancos, pero, al revisar sí funcionaban, generando malestar y entorpeciendo el trabajo de la deponente, ya que, le tocaba hacer backup constantemente; otras falencias, cree que fue que hubo errores en Kyara, problemas con anulaciones que no estaban autorizadas que se realizaron y perjudicaron al cliente, sabe que él no cumplía los cronogramas que le establecía el jefe, le llamaron la atención por llegar tarde; la relación del convocante con Luz Marina no era buena, pues, Luz estaba nueva y ella le pedía a Lezama Díaz resultados y ella tenía que reestructurar a la personas, no esta segura si por tiempo o porque no las hacía; la relación del accionante con Ivonne también era difícil, porque ella era la encargada de la gestión humana, pues, ella hacía los trámites de memorandos de presuntas faltas, lo tenía que citar y los permisos, además Fabián estaba muy indispuesto y generaba un mal ambiente laboral y siempre estaba a la defensiva; nunca hubo manifestaciones injuriosas o discriminadoras entre sus compañeros o superiores contra el demandante, nadie le faltaba el respeto; el convocante nunca le dijo que estuviera de acuerdo con lo sucedido con los usuarios; un sábado en la tarde lo vio tomar una cerveza en horario laboral.



Cabe precisar, que los testimonios recaudados, se caracterizaron por ser coherentes y claros, sin que evidencien contradicción o parcialidad, entonces, ofrecen a la Sala credibilidad, en tanto, expresaron las circunstancias fácticas que conocían y les constaban respecto del objeto de litigio.

Pues bien, los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir la existencia de alguna modalidad de acoso laboral por parte de Javier Antonio Ramírez, Ivonne Catherine Torres Rodríguez o, Luz Marina Suárez, pues, no se demostró maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección hacia Jholwer Fabián Lezama Díaz.

Por el contrario, quedó demostrado que en repetidas oportunidades el demandante incumplió su horario de trabajo, así como las obligaciones que le correspondían, como dan cuenta las comunicaciones de 02 y 15 de noviembre de 2017⁷⁴, 14 de febrero⁷⁵, 02 de abril⁷⁶ y 21 de julio de 2018⁷⁷, los correos electrónicos de 25 de abril⁷⁸, 17 de mayo⁷⁹, 05 de junio⁸⁰ y 24 de agosto de la última anualidad en cita⁸¹, el acta de descargos de 10 de septiembre de 2018⁸² y, el dicho de los deponentes Jorge Andrés Ramírez Osorio y Yeimi Andrea Moya Murcia, medios de persuasión que acreditaron que la jefe inmediata del demandante, Luz Marina Suárez, tuvo que

⁷⁴ Folios 35 a 37, 38 y 39 a 42.

⁷⁵ Folios 44 a 46 y 442 a 444.

⁷⁶ Folios 50 a 52.

⁷⁷ Folio 97.

⁷⁸ Folio 76.

⁷⁹ Folios 82 a 83.

⁸⁰ Folios 84 a 85.

⁸¹ Folios 103 a 106.

⁸² Folios 111 a 125.



llamarle la atención ante el incumplimiento de labores, asimismo, que Ivonne Torres Rodríguez, encargada del Área de Recursos Humanos, efectuó el trámite para imponer las sanciones a que hubiere lugar, circunstancias que no implicaban trato soez, denigrante, discriminatorio o maltrato alguno, sino la exigencia propia de las funciones que desempeñaba el actor debido a su incumplimiento, sin que sea dable entenderlos como constitutivos de alguna modalidad de acoso laboral, en tanto, correspondían al ejercicio de la potestad disciplinaria legalmente atribuida a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos.

Tampoco se demostró que el accionante hubiese sido maltratado o, humillado delante de sus pares o subordinados, ni que se pretendiera intimidarlo para que renunciara, por el contrario, los deponentes Jorge Andrés Ramírez Osorio y Yeimi Andrea Moya Murcia narraron que la Jefe Luz Marina Suárez, simplemente lo requería por el incumplimiento en la entrega del trabajo, siendo el demandante irrespetuoso y altanero con su superior al responderle, situación evidenciada también en las manifestaciones que Lezama Díaz hizo al Representante Legal de la accionada Javier Ramírez, a través de los correos electrónicos de 27 de febrero y 03 de abril de 2018, al indicar que la señora Suárez no estaba capacitada para ejercer el cargo, ni podía reestructurar el Departamento Contable a su arbitrio⁸³. En adición a lo anterior, en el acta del Comité de Convivencia de 17 de abril de ese año, aparece la conclusión de inexistencia de pruebas que demostraran persecución laboral, desmejora de condiciones de trabajo o personales, pues, por el contrario, era el convocante quien se debía abstener de expresar comentarios que desestabilizaran la

⁸³ Folios 49, 53 y 54 a 55.



armonía y el buen entorno laboral, de emitir manifestaciones hostiles o descalificantes, seguir las indicaciones de su jefe directo y comunicarse asertivamente con sus compañeros y superiores, además, de cumplir con sus funciones⁸⁴.

Ahora, en relación con el debido proceso la Doctrina Constitucional ha explicado, que el empleador tiene la obligación de manifestar al trabajador los motivos por los cuales da por terminado con justa causa su contrato de trabajo o, en el asunto, imponer una sanción, determinando a favor del prestador de servicios subordinados, la posibilidad de ejercer el derecho de defensa antes que se termine el contrato de trabajo o, se imponga la sanción⁸⁵.

En este orden, la Sala encontró que en las comunicaciones de 02 y 15 de noviembre de 2017⁸⁶, 14 de febrero⁸⁷, 02 de abril⁸⁸, 21 de julio⁸⁹ y 07 de septiembre de 2018⁹⁰, se le pusieron de presente a Lezama Díaz las conductas en que había incurrido como las reiteradas llegadas tarde o, la salida antes de cumplir el horario de trabajo, especificando los días en que ocurrieron dichas situaciones, asimismo, le indicó qué obligaciones le faltaba por cumplir y entregar, también le informó que esas conductas constituían faltas y podrían tener sanciones conforme al Reglamento Interno de Trabajo, asimismo, le explicaron el procedimiento a seguir, requiriéndolo para que justificara o ejerciera su derecho de defensa,

⁸⁴ Folios 65 a 69.

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia T – 385 de 2006.

⁸⁶ Folios 35 a 37, 38 y 39 a 42.

⁸⁷ Folios 44 a 46 y 442 a 444.

⁸⁸ Folios 50 a 52.

⁸⁹ Folio 97.

⁹⁰ Folio 268.



incluso la Coordinadora de Talento Humano citó al demandante a descargos⁹¹, quien se negó a asistir manifestando que sus incumplimientos obedecían a sobrecarga de trabajo, según se colige de los correos electrónicos de 20 de junio de 2018⁹², empero, el Representante Legal Javier Ramírez pospuso la hora de la diligencia de descargos para que el trabajador asistiera, como éste enjuiciado lo indicó en su interrogatorio de parte, además, el acta de descargos demuestra que Lezama Díaz sí acudió a la audiencia y pidió que pusieran de presente las pruebas de los motivos por los que había sido citado, los que se le presentaron - como correos electrónicos que daban cuenta de la falta de entrega de los informes, quejas de los clientes, los videos en que se le veía dormir, ver series y videos en el trabajo y, consumir una bebida alcohólica -, además, respondió las preguntas planteadas y aceptó estas conductas, aclarando que había entregado una parte del trabajo y había dormido 10 minutos, porque sus medicamentos le generaron malestar, que usaba el celular en horarios laborales, pero, no con los datos de la compañía y, que el consumo de la bebida solo había sido una vez⁹³, como lo reiteró en su interrogatorio de parte.

De lo expuesto se sigue, que la parte convocada a juicio garantizó el debido proceso del actor y, que los constantes llamados de atención no constituyeron persecución laboral, sino que surgieron debido al incumplimiento reiterado de las obligaciones por parte del trabajador.

⁹¹ Folio 89.

⁹² Folios 93 a 94 y 95 a 96.

⁹³ Folios 111 a 125.



Respecto a la divulgación de la enfermedad que el convocante padece, la Sala encontró acreditado que la parte accionada nunca discriminó al accionante por su condición de salud, pues, el Representante Legal Javier Ramírez conoció de su patología desde su entrevista sin que ello afectara su proceso de contratación, en adición a lo anterior, fue Lezama Díaz quien informó su condición de salud a los demás trabajadores en el Comité de Convivencia de 04 de abril de 2018, como lo confesó en su interrogatorio de parte, circunstancia corroborada con el dicho del deponente Jorge Andrés Ramírez Osorio; el accionante tampoco acreditó que con posterioridad a dicha calenda hubiese recibido trato discriminatorio de los enjuiciados, pues, la solicitud que Javier Ramírez de remitir un certificado de salud, no demuestra un acto de acoso, situación propia del empleador para revisar el estado de salud de sus trabajadores a través de exámenes periódicos de salud ocupacional, a los cuales fue usualmente citado el demandante.

Respecto al trato remunerativo desigual y discriminatorio cuya declaración pretende el demandante, cabe precisar, que con arreglo al artículo 143 del CST, modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, sin que se puedan establecer diferencias por razones de edad, raza, género, nacionalidad, religión, opinión política o actividades sindicales. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presume injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.



La Corte Suprema de Justicia ha explicado, que el precepto en cita procura combatir el trato discriminatorio materializado en la remuneración, proveniente de factores sociológicos, culturales, creencias íntimas o actividades legítimas del trabajador que ninguna relación tienen con su trabajo objetivamente considerado, sin embargo, para que se constituya el tratamiento diferenciado o discriminatorio en materia salarial impone que se demuestre no solo la igualdad de cargo, sino también de jornada y eficiencia, condicionamientos que la jurisprudencia ha entendido como analogía o semejanza en funciones, cantidad, eficiencia y calidad de trabajo⁹⁴.

La Corporación en cita, igualmente ha adoctrinado que, las diferencias en las retribuciones de empleados que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando obedezcan a criterios objetivos⁹⁵.

Entonces, atendiendo la línea jurisprudencial referida, el demandante debía acreditar tres aspectos fundamentales:

(i) la identidad de funciones con referencia a una persona específica, en una misma empresa, por trabajos equivalentes;

⁹⁴CSJ, Sala laboral, sentencia 34746 de 17 de abril de 2012, sentencia SL5581 de 16 de octubre de 2019, SL677 de 19 de febrero y SL 3688 de 19 de agosto de 2020.

⁹⁵CSJ, Sala laboral, sentencia 45894 de 06 de mayo de 2015, sentencia SL5581 de 16 de octubre de 2019, SL677 de 19 de febrero y SL 3688 de 19 de agosto de 2020.



(ii) la igualdad en condiciones de eficiencia, en el desempeño del mismo oficio, con respecto a una persona en particular que perciba mejor remuneración salarial y,

(iii) la realización en igual cantidad y calidad de trabajo frente a la persona tomada como referencia, que en el asunto es José Arnoldo Tovar Rodríguez⁹⁶, quien también desempeñó el cargo de Auxiliar Contable.

En este orden, se definirá si en el asunto existe la desigualdad salarial alegada y de ser así, si se presentan condiciones laborales que objetivamente la justifiquen, en relación con José Arnoldo Tovar Rodríguez.

Los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que Jholwer Fabián Lezama Díaz y José Arnoldo Tovar Rodríguez ocuparon el cargo de Auxiliar Contable, con salarios diferentes para 2018, pues, mientras aquel devengó \$856.000.00⁹⁷, éste recibió \$963.000.00⁹⁸, sin embargo, cumplían funciones diferentes, como lo manifestó la deponente Consuelo Mojica Bernal, quien como jefe directa de los dos, indicó que las labores eran distintas, pues, ella tenía distribuido el trabajo y las funciones estaban divididas de acuerdo a la preparación de cada asistente y auxiliar, por su parte, Magda Nataly

⁹⁶ Folio 473.

⁹⁷ Folio 238.

⁹⁸ Folio 22.



González Barajas, dijo que había dos auxiliares contables, pero, Arnoldo ganaba más, porque llevaba más tiempo.

Siendo ello así, tampoco se acreditó el trato discriminatorio salarial alegado, pues, Jholwer Fabián Lezama Díaz y José Arnoldo Tovar Rodríguez desempeñaron funciones diferentes, adicionalmente y, si bien al convocante se le asignaron algunas funciones que hacía Tovar Rodríguez, esta situación obedeció a una reestructuración realizada con posterioridad a la renuncia de éste – 28 de marzo de 2018⁹⁹ - y, después de ello, el actor no acreditó que la persona nombrada en reemplazo u, otro auxiliar contable recibiera una remuneración superior y ejerciera iguales funciones que él.

En lo atinente a la manipulación del computador, la Sala no encontró demostrada esta situación, sino que la Jefe del Departamento de Tecnología Yeimy Andrea Moya Murcia monitoreaba el *software*, dadas las denuncias presentadas por las practicantes del SENA y, las constantes irregularidades en que incurría el demandante, situaciones que verificaba desde su casa, como lo indicó en su testimonio, tampoco existe medio de convicción que acredite que ésta o alguien más manipulara el computador del actor o, realizara acciones tendientes a sabotear su trabajo.

⁹⁹ Folio 473.



Siendo ello así, el accionante no demostró las conductas que tipifican, según la Ley 1010 de 2006, el acoso laboral, pues, no existe medio de persuasión que las acredite. Y es que, en los términos del artículo 164 del CGP, toda decisión judicial se debe fundar en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Por su parte, el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

En este orden, al pretender el demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el *libelo incoatorio*, tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acreditaran la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, pues al no hacerlo, la decisión judicial necesariamente le será desfavorable, acorde con el aforismo *actore non probante reus absolvitur*.

De lo expuesto se sigue, confirmar la sentencia apelada. Sin costas en la alzada.

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

Acoso Laboral No. 002 2019 00105 01
Jholwer Fabián Lezama Díaz Vs. JANUS LTDA. y otros

RESUELVE

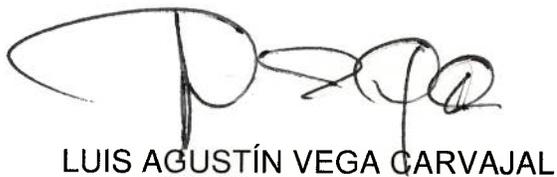
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE GUILLERMO CORONADO PEÑA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las Administradoras convocadas a juicio, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, respecto de las condenas que no fueron objeto



de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 17 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su vinculación al RAIS, efectuada el 31 de julio de 1998, a través de COLFONDOS S.A., en consecuencia, se ordene a esa AFP regresarlo al RPM con los valores recibidos por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, así como rendimientos causados; a COLPENSIONES recibirlo en el régimen que administra, manteniéndolo como afiliado desde 14 de octubre de 1975, sin solución de continuidad; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que cotizó para pensión de vejez al ISS a partir de 14 de octubre de 1975, con el empleador San Marcos y CIA. SCA.; el 31 de julio de 1998, fue citado por su jefe inmediato a las instalaciones de su empleador Inversiones Inmobiliarias, le presentó al asesor de COLFONDOS S.A., Hugo Cadena Arango, quien le manifestó que el ISS se iba a acabar y podía perder sus aportes, por ello, le beneficiaría el traslado, además, se pensionaría antes de los 60 años de edad, con el valor de la pensión que quisiera, sin embargo, no le entregó información completa, oportuna y eficiente acerca de los requisitos o condiciones para acceder a la prestación jubilatoria, ni sobre las ventajas y desventajas de cada régimen. Los días 19 y 21 de noviembre de 2019 radicó derechos de petición en COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, respectivamente,



solicitando información sobre su afiliación y posterior traslado, recibiendo respuesta de la AFP, indicándole que la solicitud de afiliación fue de 22 de julio de 1998, por su parte, la Administradora del RPM precisó que el cambio de régimen se dio en ejercicio del derecho a la libre elección, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; en cuanto a la proyección pensional, COLFONDOS le indicó que su mesada en el RAIS sería equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, mientras en el RPM sería de \$1'900.000.00¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías solo se opuso a la prosperidad de las pretensiones relativas a costas, ultra y extra *petita*; en cuanto a los hechos admitió la solicitud de información con la respuesta aludida. En su defensa propuso las excepciones de buena fe, genérica, compensación y pago².

Mediante auto de 11 de marzo de 2021, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por COLPENSIONES³.

Y, a través de providencia del siguiente 05 de abril, ordenó la integración del contradictorio con PORVENIR S.A. en calidad de *litis* consorcio necesario por pasiva⁴.

¹ Folios 36 a 50.

² Archivo CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y ANEXOS DTE GUILLERMO CORONADO PEÑA.

³ Folio 59.

⁴ Folio 60 y, CD Folio 68, Acta y Audio de Audiencia.



La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentó oposición a los pedimentos y, adujo que no le constaba la fundamentación fáctica. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Guillermo Coronado Peña al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., así como el traslado efectuado a PORVENIR S.A. y, el retorno a COLFONDOS S.A., en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de las afiliaciones del demandante, con los rendimientos causados, sin posibilidad de descuento alguno por gastos de administración o cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia declarada, dineros que deben devolver en forma indexada desde la fecha de causación hasta la de pago; autorizó como únicos descuentos los dineros transferidos entre fondos privados, con ocasión de los traslados solicitados por el actor el 01 de julio de 2005 y en enero de 2000, respectivamente; declaró al accionante afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas; sin imponer condena en costas⁶.

RECURSOS DE APELACIÓN

⁵ CD folio 66, carpeta contestación PORVENIR S.A.

⁶ Folios 66 a 68, Audio y Acta de Audiencia.



Inconformes con la decisión anterior, las convocadas a juicio interpusieron sendos recursos de apelación⁷.

COLFONDOS S.A. en resumen expuso, que la sentencia de primera instancia se debe revocar parcialmente, en tanto, ordenó la devolución de gastos de administración, sin tener en cuenta que la comisión por el manejo de aportes obligatorios está establecida en la Ley 100 de 1993, por ende, si la ineficacia declarada pretende que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido nunca se administraron los aportes del actor, ni ello generó rendimientos, pues, lo contrario generaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante. El *a quo* no tuvo en cuenta las inconsistencias existentes entre la demanda y el interrogatorio de parte de Coronado Peña, ya que, afirmó que la jefe de recursos humanos lo afilió y brindó información para su traslado, lo que no resultaría lógico.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que el *a quo* omitió estudiar la prescripción de los emolumentos que ordenó devolver, pues, se superó el término trienal, además, los descuentos se efectuaron en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, teniendo una destinación específica, a su vez, la administración de aportes generó rendimientos, que no deberían ser devueltos a COLPENSIONES, ya que, no resulta comprensible cómo la ineficacia declarada deriva en dicha devolución, desconociendo el concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

⁷ Archivo 22, Acta de Audiencia.



COLPENSIONES en síntesis alegó, que el convocante se encuentra en la prohibición legal de cambiar de régimen pensional, en los términos de la Ley 797 de 2003 y, no es beneficiario del régimen de transición, por ende, son inaplicables las Sentencias SU - 062 de 2010 y SU - 130 de 2013; la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión no demuestra que el traslado ocurriera con engaño o, por información equivocada, tanto que el actor continuó cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Guillermo Coronado Peña estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social - ISS de 14 de octubre de 1975 a 31 de agosto de 1998, aportando 796.86 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a través de diferentes empleadores; el 22 de julio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., efectivo a partir de 01 de septiembre siguiente; el 30 de noviembre de 1999, se cambió a la COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. con efectividad desde 01 de enero de 2000; el 29 de septiembre de esa anualidad, se pasó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., efectivo a partir de igual *data* y; el 18 de mayo de 2005, regresó a COLFONDOS S.A., con efectos desde 01 de julio siguiente; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁸, el formulario de vinculación⁹, el reporte de días acreditados y, el extracto de aportes a

⁸ Folios 4 a 6 y 17 a 19.

⁹ Folio 7 y, Archivo CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y ANEXOS DTE GUILLERMO CORONADO PEÑA, Folio 93.



pensión obligatoria, expedidos por a COLFONDOS S.A.¹⁰, la certificación electrónica de tiempos laborados - CETIL, elaborada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales¹¹, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹², la historia laboral, la relación histórica de movimientos y, la certificación, emitidas por PORVENIR S.A¹³.

Coronado Peña nació el 02 de febrero de 1958, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁴.

El 19 de noviembre de 2019, el demandante solicitó a COLFONDOS S.A. aceptar su traslado a la Administradora del RPM¹⁵, recibiendo respuesta negativa el siguiente día 22, pues, al momento de la vinculación el asesor le explicó las condiciones propias del producto, que manifestó entender y aceptar al suscribir libre y voluntariamente el formulario de afiliación¹⁶.

El 21 de noviembre de 2019, el actor reclamó a COLPENSIONES la aceptación de su traslado a esa entidad “...por cuanto es beneficiario del régimen transición...”¹⁷, pedimento negado el día 22 de los referidos mes y año, por improcedente, ya que, el traslado se efectuó ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen¹⁸.

¹⁰ Folios 8 a 11, 12 y, 20 a 23.

¹¹ Folios 14 a 15.

¹² Archivo CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y ANEXOS DTE GUILLERMO CORONADO PEÑA, Folios 94 a 95; Carpeta CONTESTACION PORVENIR, Archivo CD GUILLERMO CORONADO PEÑA, Folios 25 a 27.

¹³ Carpeta CONTESTACION PORVENIR, Archivo CD GUILLERMO CORONADO PEÑA, Folios 20 a 22, 23 y 24.

¹⁴ Folios 3 y 26.

¹⁵ Folio 30.

¹⁶ Folios 31 a 32.

¹⁷ Archivo 01, Folios 44 a 46.

¹⁸ Folios 27 a 29.



Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “*es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado*”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificación laboral de 18 de diciembre de 2019, firmada por Víctor Kovalski¹⁹, (ii) certificado de ingresos y retenciones por rentas y trabajo y de pensiones del año gravable 2018, correspondiente al actor²⁰, (iii) certificados de existencia y representación legal de las AFP

¹⁹ Folio 34.

²⁰ Folio 35.



enjuiciadas²¹ y, (iv) comunicados de prensa²². También se recibió el interrogatorio de parte de Guillermo Coronado Peña²³.

En el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 22 de julio de 1998, se lee²⁴:

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS”

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLFONDOS S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión

²¹ Archivo CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y ANEXOS DTE GUILLERMO CORONADO PEÑA, Folio 9 a 89 y, Archivo CAMARA DE COMERCIO PORVENIR.

²² Carpeta CONTESTACION PORVENIR, Archivo CD GUILLERMO CORONADO PEÑA, Folios 28 a 37.

²³ Audiencia 17 - 09 - 2021, Minuto 00:04:00. Guillermo Coronado Peña, Conductor Escolta. Dijo que no está recibiendo pensión, en 1995 se encontraba trabajando en Inversiones Inmobiliarias Internacionales, hubo una reunión con recursos humanos, después le hicieron firmar un documento, bajo engaños le dijeron que quedaría pensionado a los 50 años con el salario que estuviera devengando, esa información se la dio Sandra Rocío Jiménez, que era la persona de recursos humanos, lo trasladaron a PORVENIR, “...después resulté trasladado a COLFONDOS...”, se dio en las mismas circunstancias, nunca se reunió con algún asesor.

²⁴ Folio 7 y, Archivo CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y ANEXOS DTE GUILLERMO CORONADO PEÑA, Folio 93.



fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁵; destacando además, que “... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**”²⁶.

Es que, recaía en COLFONDOS S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por el cambio de régimen.

²⁵ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁶ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁷.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por

²⁷ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien el accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, ésta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Guillermo Coronado Peña, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁸, en este sentido, se modificará el fallo de primer grado atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

²⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



Y si bien, PORVENIR S.A. - antes AFP COLPATRIA y HORIZONTE - en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual del actor, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido, se adicionará la decisión de primera instancia atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante, en consecuencia, en este tema se modificará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

²⁹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, que en todo caso no eximía a COLFONDOS S.A., de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la



economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo³⁰.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³¹, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que el convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos

³⁰ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.

³¹ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”³².*

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada en este aspecto. Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** transferir a

³² CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



COLPENSIONES todos los valores recibidos de 01 de enero de 2000 a 30 de junio de 2005, con motivo de la afiliación del demandante con los rendimientos causados y, con cargo a sus propias utilidades, cuotas de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima descontados a Coronado Peña dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que deben devolverse de manera indexada desde la calenda de causación a la fecha de pago; autorizando a la AFP a descontar los valores que transfirió a COLFONDOS S.A. con ocasión del traslado de fondo solicitado por el convocante el 01 de julio de 2005, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral tercero del fallo censurado y consultado, para **ORDENAR** a COLFONDOS S.A. remitir a la Administradora del RPM todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del accionante, con los rendimientos causados y, con cargo a sus propias utilidades, cuotas de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima descontados a Guillermo Coronado dadas las consecuencias de la ineficacia, valores que deben ser indexados desde la calenda de causación a la de pago; autorizando a la AFP a descontar el dinero que transfirió a PORVENIR S.A. con ocasión al traslado de fondo solicitado por el convocante el 01 de enero de 2000, con arreglo a lo expresado en precedencia.

TERCERO.- MODIFICAR el numeral cuarto de la decisión de primera instancia, para **DECLARAR** que Guillermo Coronado Peña se encuentra afiliado al RPM, administrado por COLPENSIONES, en consecuencia, se **ORDENA** a ésta Administradora recibir los valores que le sean



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 023 2020 00062 01
Ord. Guillermo Coronado Vs. Colpensiones y otros

transferidos por las AFP y, actualizar la historia laboral de Coronado Peña.

TERCERO.- CONFIRMAR la decisión consultada y apelada en lo demás.
Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solus voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JUAN FERNANDO MÚNERA POSADA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional



de consulta a favor de ésta Administradora, respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 23 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional efectuado el 21 de octubre de 1996 a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por falta de información, así como de los traslados posteriores entre administradoras del RAIS, siendo válida su vinculación de 04 de abril de 1983 al ISS, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES la totalidad de dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, la Administradora del RPM debe recibirlo sin solución de continuidad y, actualizar su historia laboral; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 24 de julio de 1959; el 04 de abril de 1983 se afilió al ISS cotizando 519 semanas; el 21 de octubre de 1996 se trasladó al RAIS a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., sin recibir información suficiente; posteriormente se cambió a COLFONDOS S.A. con efectos a partir de 01 de mayo de 1999 y; luego a PORVENIR S.A. efectivo desde 01 de noviembre de 2001; durante su permanencia en el RAIS cotizó 1154 semanas, acumulando 1673 semanas en los regímenes pensionales; PORVENIR S.A. no suministró información sobre el año de gracia para retornar al RPM, ni acerca de la prohibición legal para cambiar de régimen cuando le faltaran diez años o menos para cumplir la edad mínima de pensión,



sin embargo, el 04 de septiembre de 2020 le entregó simulación pensional indicándole que el valor de la mesada sería de \$6´271.300.00 en el RAIS y, de \$13´083.446.00 en el RPM; el 09 de septiembre siguiente, solicitó a las enjuiciadas la ineficacia del traslado de régimen efectuado el 21 de octubre de 1996¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, respecto de los hechos dijo que no le constaban o no eran ciertos. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, genérica².

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías solo presentó oposición a las condenas ultra y extra *petita* y costas, en cuanto a la fundamentación fáctica admitió las calendas de nacimiento del demandante y, de vinculación al RAIS, el cambio a PORVENIR S.A. y, la petición de ineficacia de traslado de régimen. No propuso excepciones³.

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó los pedimentos, respecto de los hechos aceptó las fechas de

¹ Archivo 1, Folios 3 a 19.

² Archivo 4, Folios 2 a 31.

³ Archivo 5, Folios 3 a 16.



nacimiento del actor y, de afiliación al ISS, así como la petición de ineficacia de traslado de régimen. Presentó las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, su buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL - 373 de 2021 y, genérica⁴.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a las situaciones fácticas admitió la *data* de nacimiento del accionante, el cambio a esa AFP y, la solicitud de ineficacia de traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, traslado de aportes a COLFONDOS S.A., el traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y, el seguro previsional y, genérica⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

⁴ Archivo 6, Folios 2 a 34.

⁵ Archivo 7, Folios 2 a 21.



El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado en octubre de 1996 por Juan Fernando Múnera Posada a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por ende, nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo afiliado al RPM, en consecuencia, ordenó a PROTECCIÓN S.A. (sic)⁶ transferir a COLPENSIONES las sumas percibidas por aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, estos dos últimos debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado a esa Administradora; a COLFONDOS S.A. y, a PROTECCIÓN S.A. devolver a la Administradora del RPM las sumas percibidas por gastos de administración y comisiones debidamente indexados, por el periodo en que el accionante permaneció afiliado a esas AFP; ordenó a la Administradora Pública que efectuado el trámite anterior, acepte sin dilación alguna el traslado del convocante al RPM, con sus correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas e; impuso costas a las AFP enjuiciadas⁷.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y, COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁸.

PROTECCIÓN S.A. en resumen expuso, que se debe revocar la condena a devolver gastos de administración descontados, en tanto, se efectuaron por disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, siendo pagadas a terceros de buena fe, como son las aseguradoras, además,

⁶ Aunque el fallador aludió a PROTECCIÓN S.A., indiscutiblemente se trató de un lapsus cálimi, pues lo debió ordenar a PORVENIR S.A..

⁷ Archivos 18 y, 2020-00327-20211123_095204-Grabación de la reunión, Acta y Audio de Audiencia.

⁸ Archivo 2020-00327-20211123_095204-Grabación de la reunión, Audio de Audiencia.



esa AFP administró correctamente la cuenta de ahorro individual del demandante, aplicando el conocimiento técnico y, experticia para obtener rendimientos por el tiempo de vigencia de la afiliación, previo el traslado a COLFONDOS, que no se habrían generado en el RPM.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que no se demostró la configuración de nulidad o ineficacia del traslado del actor al RAIS, ni de manera inicial con COLMENA, ni del posterior cambio a HORIZONTE, pues, el convocante conoció las diferencias y características propias de cada uno de los regímenes, como lo manifestó en su interrogatorio de parte, asimismo, firmó los formularios de vinculación a las AFP, sin que fuera exigible otro medio de prueba para demostrar la validez del traslado de régimen, ya que, en dicho documento consta la información entregada; a su vez, el accionante aceptó conocer que sus aportes generarían rendimientos y, serían utilizados para su mesada pensional y, que con su cambio de régimen buscó protegerlos. De otro lado, se debe absolver de la condena por gastos de administración, pues, no hacen parte del derecho pensional del demandante.

COLPENSIONES en síntesis alegó, que el *a quo* no tuvo en cuenta que no participó en el traslado de régimen pensional del actor, más cuando el regreso de éste al RPM generaría la descapitalización del sistema y, de las pensiones de quienes durante su vida laboral han aportado a dicho régimen, en los términos de la Sentencia T - 489 de 2010. Ahora, de confirmarse la decisión, se debe reintegrar la totalidad de recursos de la cuenta de ahorro individual del accionante con las cuotas abonadas a los fondos de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y, cuotas de administración,



para garantizar el financiamiento de las pensiones que otorga el RPM. En aplicación del principio de relatividad jurídica, esa Administradora no se debe favorecer, ni perjudicar con la decisión.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Juan Fernando Múnera Posada estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social - ISS de 04 de abril de 1983 a 30 de noviembre de 1996, aportando 520 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de varios empleadores; el 21 de octubre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de diciembre siguiente; el 31 de mayo de 1999 se cambió a COLFONDOS S.A., con efectividad desde 01 de julio de esa anualidad; el 30 de octubre de 2001, se pasó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. efectivo a partir de 01 de diciembre de ese año y; el 01 de enero de 2004 pasó como cesión por fusión a PORVENIR S.A.; situaciones fácticas que se infieren de la certificación de afiliación emitida por COLPENSIONES⁹, las historias laborales, las relaciones de aportes y de movimientos y, la certificación de vinculación, expedidas por PORVENIR S.A.¹⁰, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹¹, los formularios de vinculación a las AFP¹², el reporte detallado de estado de cuenta elaborado por COLFONDOS S.A.¹³ y, la constancia de traslado de aportes de PROTECCIÓN S.A.¹⁴.

⁹ Archivo 1, Folio 133.

¹⁰ Archivo 1, Folios 134 a 139; Archivo 4, Folios 92 a 115 y 116.

¹¹ Archivo 4, Folios 78 a 79, Archivo 7, Folios 31 a 32.

¹² Archivo 4, Folio 80, Archivo 5, Folio 100, Archivo 7, Folio 30.

¹³ Archivo 4, Folio 80, Archivo 5, Folios 101 a 102.

¹⁴ Archivo 7, Folios 33 a 37.



Múnera Posada nació el 24 de julio de 1959, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁵.

El 09 de septiembre de 2020, el demandante solicitó a las convocadas a juicio adelantar las gestiones administrativas a su cargo para declarar la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen efectuado el 21 de octubre de 1996 del ISS a la AFP COLMENA, por falta de información¹⁶; recibiendo respuesta negativa de COLPENSIONES en igual fecha, pues, era improcedente tramitar lo pedido por encontrarse a menos de diez años del requisito de edad para pensionarse¹⁷.

El 23 de septiembre de 2020, PORVENIR S.A. negó dichos pedimentos, porque, al trasladarse a esa AFP provenía de otro fondo del mismo régimen, por ende, entendió que conocía las ventajas y desventajas del RAIS¹⁸.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

¹⁵ Archivo 1, Folio 132.

¹⁶ Archivo 1, Folios 143 a 153, 154 a 164, 165 a 175, 176 a 186.

¹⁷ Archivo 1, Folio 187.

¹⁸ Archivo 4, Folios 117 a 118.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 004 2020 00327 01
Ord. Juan Múnera Vs. COLPENSIONES y otros

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP enjuiciadas¹⁹, (ii) simulación pensional de 04 de septiembre de 2020 y, guía de autoservicios, elaboradas por PORVENIR S.A.²⁰, (iii) comunicados de prensa²¹, (iv) Concepto 2015123910 - 002 de 29 de diciembre de 2015, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia²², (v) políticas asesorar para vincular personas naturales²³ y, (vi) expediente administrativo del demandante, allegado por COLPENSIONES²⁴. También, se recibió el interrogatorio de parte de Juan Fernando Múnera Posada²⁵.

¹⁹ Archivo 1, Folios 20 a 131; Archivo 5, Folios 19 a 99; Archivo 7, Folios 27 a 29.

²⁰ Archivo 1, Folios 140 a 142; Archivo 4, Folios 120 a 124.

²¹ Archivo 4, Folios 81 a 83; Archivo 7, Folios 40 a 42.

²² Archivo 7, Folios 38 a 39.

²³ Archivo 7, Folios 43 a 47.

²⁴ Carpeta 6.1.

²⁵ Audiencia 23 de noviembre de 2021, Minuto 00:12:30. Juan Fernando Múnera Posada, Abogado. Dijo que en 1996, se pasó a trabajar en CORFIBOYACÁ, allí fue abordado por un asesor de COLMENA, quien le manifestó la inestabilidad económica del Seguro Social, la pérdida de afiliados y, el riesgo de perder las semanas cotizadas, además, le indicó las ventajas del fondo privado, como el traslado de semanas, una pensión acorde con el salario devengado, que la AFP pertenecía a un grupo financiero y, un mejor servicio, por todo ello se trasladó a COLMENA; no recibió proyección pensional, ni comparativos entre regímenes, ni le informaron que debía acumular un 110% para financiar la prestación de vejez, así como ningún otro requisito. Mientras estuvo afiliado a COLMENA, recibió extractos de su cuenta individual de ahorro y, conoció los rendimientos; decidió cambiarse de fondo por falta de información, pasó a COLFONDOS porque, le ofrecieron mejor servicio y atención personalizada; PORVENIR le informó que en el RAIS recibiría una mesada de \$6'000.000.00 aproximadamente, mientras que en el RPM sería de alrededor de \$13'000.000.00. Se motivó a cambiarse a HORIZONTE por el servicio y, la recuperación de unas semanas perdidas en su historia laboral; la asesoría se le entregó en la oficina en que se encontraba, solo le dieron un formulario que fue diligenciado por el asesor con los datos que suministró, no fue presionado a firmar el formulario; por sus aportes a pensión se generan intereses a favor y en contra, dependiendo de las inversiones de la AFP; le indicaron que podía hacer aportes voluntarios, desconoce las diferencias de los aportes entre regímenes; en 2020 comenzó la preocupación por su derecho pensional, empezó a conocer las diferencias entre regímenes; al momento que se afilió a HORIZONTE, no recuerda recibir información sobre que podría heredar sus aportes; no ejerció el derecho de retracto; no se ha acercado a COLPENSIONES. Recibió extractos físicos, verificó que reflejara el aporte mensual, actualizó sus datos personales, no regresó a COLPENSIONES porque desconocía si eso le era más favorable; no ha solicitado reconocimiento pensional, ni se la ha otorgado.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 004 2020 00327 01
Ord. Juan Múnera Vs. COLPENSIONES y otros

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 21 de octubre de 1996²⁶, se lee:

“DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTÍCULO 11, HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁷; resaltando además, que *“...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...**”²⁸.*

²⁶ Archivo 7, Folio 30.

²⁷ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁸ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



Es que, recaía en la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para



dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁹.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien el accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Juan Fernando Múnera Posada,

²⁹ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 004 2020 00327 01
Ord. Juan Múnera Vs. COLPENSIONES y otros

con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, en este sentido se **corregirá** el numeral segundo del fallo impugnado. **También** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en este tema se adicionará el fallo de primer grado atendiendo la apelación de COLPENSIONES.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. en su oportunidad remitieron la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual del actor, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no las exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna. En este tema se adicionará la decisión del *a quo*, atendiendo la impugnación presentada por COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde aceptar el traslado del demandante con los valores remitidos por las AFP y, actualizar la historia laboral de aquel, en consecuencia, en este asunto se adicionará la decisión del *a quo*.

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³¹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la

³¹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³².

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación no solo sobre los gastos de administración y comisiones de seguros, como lo dispuso el *a quo*, también sobre las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

³² CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³³, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que el convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social**”*³⁴. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada en este aspecto. Sin costas en la alzada.

³³ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



En mérito de lo expuesto, la Sala 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.- CORREGIR y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia para **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** transferir a **COLPENSIONES** las sumas recibidas por aportes y rendimientos, además, con cargo a sus propias utilidades, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados a Juan Fernando Múnera Posada, debidamente indexados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral y tercero del fallo consultado y apelado, para **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A.** remitir a **COLPENSIONES** con cargo a sus propias utilidades, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados a Múnera Posada, debidamente indexados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- ADICIONAR el numeral cuarto de la decisión consultada y apelada, para **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES** que una vez le transfieran los valores mencionados, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al RPM, con sus



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 004 2020 00327 01
Ord. Juan Múnera Vs. COLPENSIONES y otros

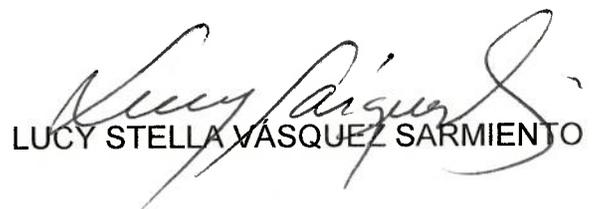
aportes y, actualice su historia laboral, conforme a lo expresado en precedencia.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.
Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solvo veto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ALEJANDRA MARÍA ZAPATA SERNA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha



04 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, a través de PORVENIR S.A. (sic), así como de las afiliaciones horizontales posteriores, que nunca dejó de pertenecer al RPM y, tiene derecho a una mesada pensional en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, con los rendimientos causados, por su parte, la Administradora del RPM debe activar su afiliación; costas; ultra y extra *petita*. Subsidiariamente, se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 13 de abril de 1963; el 23 de julio de 1984 se afilió al ISS; el 01 de julio de 1995 suscribió formulario de vinculación a PORVENIR S.A., momento para el que contaba con 32 años de edad y 323 (sic) semanas cotizadas en el RPM, sin recibir información sobre las implicaciones del traslado, diferencias o condiciones de cada régimen, ni de los requisitos para acceder a la pensión de vejez; actualmente acredita más de 1457 semanas de cotización; radicó ante COLPENSIONES solicitud de nulidad o ineficacia de su afiliación al “Régimen de Prima Media” (sic), por falta de información¹.

¹ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumber, Folios 3 a 17.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó las calendas de nacimiento de la actora y, de afiliación al ISS, la edad al momento del cambio al RAIS y, la solicitud de nulidad o ineficacia del cambio de régimen pensional. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho al reconocimiento de una pensión de vejez, error de derecho no vicia el consentimiento, su buena fe, prescripción y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentó oposición a los pedimentos, respecto de las situaciones fácticas admitió la *data* de nacimiento de la demandante y, su afiliación a esa AFP. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe³.

Mediante auto de 31 de mayo de 2021, el *a quo* ordenó la vinculación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., en calidad de *litis* consorcio necesario⁴.

² Archivo 2019-76 FL 187_pagenumber, Folios 130 a 143.

³ Archivo 2019-076 NFL. 340 CONTESTACION PORVENIR 16-03-21.

⁴ Archivos 2019-076 ORD - FOL 405-407 ACTA AUD art 77 SANEAMIENTO INTEGRA VINCULA AFP ING - PROTECCION INEFICACIA y, 1100131015020190007600 CITA AUDIENCIA ART 77 y 80 CPTSS 8_00 AM-20210531_081155-Grabación de la reunión, Acta y Audio de Audiencia.



La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. rechazó las pretensiones y, de los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y, la comisión de administración y, traslado de aportes⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS, efectuado el 30 de junio de 1995 por Alejandra María Zapata Serna a través de PROTECCIÓN S.A. y, el de 24 de junio de 2008 a PORVENIR S.A.; declaró a la Administradora Colombiana de Pensiones como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. devolver a la Administradora del RPM la totalidad de aportes girados a favor de la actora por cotizaciones a pensión, incluyendo rendimientos financieros causados y, los bonos pensionales si los hubiese, a su respectivo emisor; cumplido lo anterior, COLPENSIONES debe estudiar el derecho pensional de la accionante, en los términos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; impuso costas a las convocadas a juicio⁶.

⁵ Archivo 2019-76 ord fl 416-484 contestación Protección 30-06-2021.

⁶ Archivos 2019-076 ORD - Fls. 487 a 490 ACTA AUDIENCIA y, 11001310502020190007600 Aud. Ar. 77 y 80 C.P.T.V.S.S._20210804_161015, Acta y Audio de Audiencia.



RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que dentro del expediente no obra prueba que acredite vicios del consentimiento, en los términos del artículo 1740 del CC, además, el asunto se trató de un punto de derecho, carente de fuerza legal para repercutir en la eficacia jurídica de los actos celebrados entre la actora, PORVENIR S.A. y, PROTECCIÓN S.A.; asimismo, en cuanto a la carga de la prueba, la demandante era quien debía demostrar que en la actuación de las AFP hubo dolo. La ineficacia declarada trae la descapitalización del sistema, más aun cuando nadie puede ser subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados⁷.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Alejandra María Zapata Serna estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 23 de julio de 1984 a 30 de junio de 1995, aportando 107.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de varios empleadores; el 30 de junio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de julio siguiente; el 01 de febrero de 2000 se cambió a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., con efectividad desde 01 de abril de ese año; el 06 de julio de 2001, se pasó a PORVENIR S.A., efectivo el 01 de septiembre siguiente; el 23 de julio de

⁷ Archivo 11001310502020190007600 Aud. Ar. 77 y 80 C.P.T.Y.S.S._20210804_161015, Audio de Audiencia.



2003, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PORVENIR S.A. con efectos a partir de 01 de septiembre de ese año y; el 24 de junio de 2008 regresó a PORVENIR S.A., efectivo desde 01 de agosto de la anualidad en cita; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas y, de la certificación de afiliación al sistema general de pensiones, emitidos por COLPENSIONES⁸, los formularios de vinculación a las AFP⁹, la historia laboral consolidada, la historia laboral oficial, la certificación de afiliación y, la relación histórica de aportes, expedidas por PORVENIR S.A.¹⁰, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹¹, la constancia de traslado de aportes y, el reporte de estado de cuenta, elaborados por PROTECCIÓN S.A.¹².

Zapata Serna nació el 13 de abril de 1963, como dan cuenta su cédula de ciudadanía¹³ y su registro civil de nacimiento¹⁴.

Los días 07 de junio y 06 de diciembre de 2018, la demandante solicitó a PORVENIR S.A. los documentos que firmó con ocasión de su afiliación a esa AFP, que acreditaran la entrega de asesoría, información o comunicación pensional¹⁵, recibiendo respuestas los días 14 de junio y 26 de diciembre de la anualidad en cita, en que se le indicó que esa sociedad adelantó exhaustivos procesos de capacitación a los asesores comerciales, garantizando una debida asesoría a sus clientes al momento de la vinculación, empero, no existen documentos físicos,

⁸ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumbr, Folios 21 a 22, 144 a 147 y, 148.

⁹ Archivos 2019-76 FL 187_pagenumbr, Folios 36, 88 y 104; 2019-076 NFL. 340 CONTESTACION PORVENIR 16-03-21, Folios 30 a 31; 2019-76 ord fl 416-484 contestación Protección 30-06-2021, Folios 39 a 41.

¹⁰ Archivos 2019-76 FL 187_pagenumbr, Folios 91 a 100 y 101 a 103; 2019-076 NFL. 340 CONTESTACION PORVENIR 16-03-21, Folios 32, 33 a 43, 44 a 62 y, 66 a 74.

¹¹ Archivo 2019-076 NFL. 340 CONTESTACION PORVENIR 16-03-21, Folios 84 a 86 y, 2019-76 ord fl 416-484 contestacion proteccion 30-06-2021, Folios 45 a 46.

¹² Archivo 2019-76 ord fl 416-484 contestación Protección 30-06-2021, Folios 47 a 56.

¹³ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumbr, Folio 18.

¹⁴ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumbr, Folios 19 a 20.

¹⁵ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumbr, Folios 28 y 83.



informes, proyecciones, ni boletines que lo soportaran, con excepción del formulario de afiliación¹⁶.

El 04 de septiembre de 2018, la actora petición a COLPENSIONES la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS y, el reconocimiento de la pensión de vejez¹⁷, pedimentos negados con comunicación del siguiente día 05, bajo el argumento que la solicitud de afiliación o traslado al RAIS se efectuó de manera directa y voluntaria, ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen¹⁸.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera

¹⁶ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumbr, Folio 35.

¹⁷ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumbr, Folios 37 a 41.

¹⁸ Carpeta expediente administrativo 2019-76, Archivo GEN-RES-CO-2018_11022598-20180907094055.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00076 01
Ord. Alejandra Zapata Vs. COLPENSIONES y otros

de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) extracto de 20 de abril de 2018, de la cuenta de ahorro individual de la demandante, elaborado por PORVENIR S.A.¹⁹, (ii) estudio pensional efectuado por Consultores Asociados de Seguridad Social, aportado por la actora²⁰, (iii) comunicados de prensa²¹, (iv) certificados de existencia y representación legal de las AFP enjuiciadas²², (v) concepto N° 2015123910 - 002 de 29 de diciembre de 2015, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia²³ y, (vi) políticas asesorar para vincular personas naturales²⁴. También, se recibió el interrogatorio de parte de Alejandra María Zapata Serna²⁵.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 30 de junio de 1995²⁶, se lee:

¹⁹ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumber, Folios 23 a 27.

²⁰ Archivo 2019-76 FL 187_pagenumber, Folios 42 a 80.

²¹ Archivos 2019-76 FL 187_pagenumber, Folios 105 a 107; 2019-076 NFL. 340 CONTESTACION PORVENIR 16-03-21, Folios 94 a 96, 2019-76 ord fl 416-484 contestación Protección 30-06-2021, Folios 64 a 66.

²² Archivos 2019-76 FL 187_pagenumber, Folios 109 a 116 y 122 a 123, 2019-76 ord fl 416-484 contestación Protección 30-06-2021, Folios 67 a 69.

²³ Archivo 2019-76 ord fl 416-484 contestación Protección 30-06-2021, Folios 57 a 58.

²⁴ Archivo 2019-76 ord fl 416-484 contestación Protección 30-06-2021, Folios 59 a 63.

²⁵ Audiencia de 04 de agosto de 2021, Minuto 00:19:45. Alejandra María Zapata Serna, Ingeniera Civil. Dijo que se afilió al RAIS cuando hubo un cambio en la ley, por lo que trabajando para el Municipio de Medellín le dijeron que debía vincularse a un fondo de pensiones, porque era posible que el Seguro Social desapareciera, un asesor se encargó de diligenciar el formulario y, solo tuvo que firmarlo para que fuera tramitado; en cuanto a los beneficiarios le indicaron que en caso de fallecimiento les entregarían la pensión, no le dieron información adicional, sabía que un requisito para reclamar la pensión era la edad; en el traslado a DAVIVIR, un asesor de esa AFP se le acercó para decirle que esa entidad tenía mejor respaldo, es decir, más solidez; para trasladarse a SANTANDER tuvo la misma motivación, una mayor solidez; no fue coaccionada a vincularse a las AFP, sin embargo, fue engañada porque le entregaron información insuficiente, por eso desconocía que podía regresar al RPM; recibió extractos de la cuenta de ahorro individual; desea vincularse a COLPENSIONES porque no sabía las diferencias entre regímenes. Se trasladó a PORVENIR S.A. porque los asesores le dijeron que tenía mayor solidez y, que como cotizaba en bolsa tenía mayor respaldo como empresa, no le indicaron la forma de acceder a la pensión, solo sabía que debía acreditar una edad; desea regresar a COLPENSIONES porque se sintió engañada al no recibir la información completa, acerca de un comparativo entre regímenes. Ha estado afiliada dos veces a PORVENIR S.A. y, una a PROTECCIÓN; las reuniones con los asesores siempre fueron individuales.

²⁶ Archivo 2019-76 ord fl 416-484 contestación Protección 30-06-2021, Folio 39.



“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁷; resaltando además, que *“...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor a la entidad demandada...”*²⁸.

Es que, recaía en la PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente

²⁷ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁸ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas



del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁹.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Alejandra María Zapata Serna, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual

²⁹ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en este sentido, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo que la decisión también se estudia en consulta a favor de COLPENSIONES.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna. En este tema también se adicionará la decisión del *a quo*, atendiendo que además se analiza en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, actualizar la historia laboral de la demandante y, proceder a estudiar su derecho pensional, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³¹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

³¹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³².

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter

³² CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³³, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*³⁴. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada en este aspecto.

Y, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁵.

³³ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



En el *examine*, aunque a COLPENSIONES se le ordenó recibir los dineros remitidos por las AFP y, actualizar la historia laboral de la accionante, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la demandante, acto jurídico en que la Administradora del RPM no actuó, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo la consulta que se surte a su favor, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia consultada y apelada, para **ORDENAR** a PORVENIR S.A. y, a PROTECCIÓN S.A. transferir a COLPENSIONES además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento y, con cargo a sus propias utilidades, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados a la demandante, debidamente indexados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, **ABSOLVER** a



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00076 01
Ord. Alejandra Zapata Vs. COLPENSIONES y otros

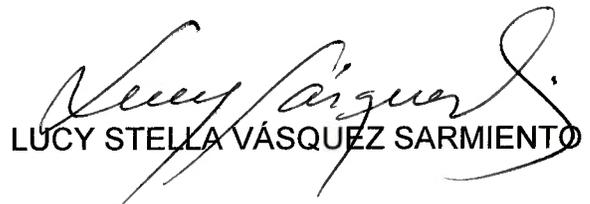
COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expresado en precedencia.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo Act. parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE HÉCTOR JOSÉ ANZOLA VÁSQUEZ CONTRA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS - FEDEGAN Y, SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A. COMO ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DEL GANADO - EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por Héctor José Anzola Vásquez y FEDEGAN, revisa la Corporación el fallo de fecha 05 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la terminación unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo, en consecuencia, se le reconozca la indemnización por despido prevista en el artículo 64 del CST, indexación, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 11 de febrero de 2008 suscribió contrato de trabajo de duración indefinida con la Federación Colombiana de Ganaderos y, el Fondo Nacional del Ganado - FNG, éste último administrado por FIDUAGRARIA S.A., para desempeñar el cargo de Coordinador del Área de Investigación y Desarrollo, acordando un salario integral de \$5'706.000.00; el 11 de septiembre de 2008 informó a su empleador el reconocimiento pensional que le hizo CAJANAL a través de Resolución N° 41542 de 26 de agosto de 2008, a partir de 05 de octubre de 2007, por tiempos de servicio prestados al Instituto Colombiano Agropecuario - ICA de 11 de febrero de 1975 a 25 de septiembre de 2007; mediante comunicación de 20 de agosto de 2015, las enjuiciadas manifestaron que con Autos 400 - 010328 y 400 - 010330, la Superintendencia de Sociedades ordenó la apertura de los procesos de reorganización del Fondo Nacional del Ganado y, de Frigoríficos Ganaderos S.A.; el Ministerio de Agricultura decidió no prorrogar el Contrato N° 026 de 2004 para la Administración del FNG por FEDEGAN, dándolo por terminado el 31 de diciembre de 2015. El 26 de mayo de 2016 a través de Auto 2016 - 01 - 296087, la Superintendencia de Sociedades dispuso la finalización del proceso de reorganización del FNG, asimismo, advirtió que *“...la declaración de apertura del presente proceso produce la terminación de los*



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00180 01
Ord. Héctor Anzola Vs. FEDEGAN y otra

contratos de trabajo, con el correspondiente cálculo de las indemnizaciones a favor de los trabajadores...”, sin embargo, con escrito LFNG - 00908 - 2016 de 22 de agosto de 2016, el FNG le comunicó la terminación unilateral del vínculo contractual laboral desde 15 de septiembre siguiente, dada su condición de pensionado, momento para el que recibió como último salario \$8'963.000.00; el 19 de septiembre de la anualidad en cita, reclamó al FNG la indemnización por despido sin justa causa, obteniendo respuesta negativa el 10 de octubre de 2016¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Federación Colombiana de Ganaderos - FEDEGAN se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el cargo del actor, la comunicación de reconocimiento pensional por el demandante y, la no prórroga del Contrato N° 026 de 2004. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de vinculación contractual directa o indirecta, carencia de legitimidad por pasiva, carencia de justa causa y título para pedir, inexistencia de fundamento de hecho que permita aplicar norma de derecho alguna, inexistencia de derecho legalmente protegible, cobro de lo no debido, mala fe del demandante, prescripción y, genérica².

La Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. rechazó los pedimentos; respecto de las

¹ Archivo 001, Folios 4 a 18 y 94 a 109.

² Archivo 001, Folios 131 a 142.



situaciones fácticas dijo que no eran ciertas o no le constaban. Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de los elementos del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, prescripción e, innominada³.

Mediante auto de 14 de abril de 2021, el *a quo* admitió el desistimiento de la demanda respecto de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A. como Administradora del Fondo Nacional del Ganado - en Liquidación por Adjudicación, ordenando continuar la actuación contra FEDEGAN⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a la Federación Colombiana de Ganaderos en calidad de administradora del Fondo Nacional del Ganado e, impuso costas a Héctor José Anzola Velásquez⁵.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las partes interpusieron sendos recursos de apelación⁶.

³ Archivo 001, Folios 232 a 246.

⁴ Archivos 005 y 006, Acta y Audio de Audiencia.

⁵ Archivos 009 y 010, Audio y Acta de Audiencia.

⁶ Archivo 009, Audio de Audiencia.



La Federación Colombiana de Ganaderos – FEDEGAN en suma arguyó, que en el proceso se demostró que quien invocó la justa causa de terminación del contrato individual de trabajo fue el liquidador del Fondo Nacional del Ganado, en ese sentido, las consecuencias negativas que eventualmente pueda generar la revocatoria de la decisión del *a quo*, deben recaer en la persona que ostentó la administración del Fondo Nacional del Ganado a partir de 31 de diciembre de 2015, ya que, la terminación del contrato de trabajo ocurrió el 19 de septiembre de 2016.

Héctor José Anzola Velásquez en resumen expuso, que se encuentra conforme con la falta de discusión de la responsabilidad frente al vínculo laboral que existió con FEDEGAN como Administrador del Fondo Nacional del Ganado, sin embargo, en lo atinente a la causal invocada para terminar el contrato de trabajo sin justa causa, se equivocó el *a quo*, en tanto, si bien se pueden establecer condiciones para finalizar el vínculo en cualquier tiempo, debió tener en cuenta que desde el inicio de la contratación se conoció el proceso de reconocimiento pensional que adelantaba, así lo corroboró el testigo Ignacio Amador, quien le hizo entrega del cargo y puesto de trabajo; adicionalmente, la pensión reconocida por el ICA solo tomó los tiempos trabajados para esa entidad hasta 2007, es decir, con anterioridad a la vinculación a FEDEGAN, siendo evidente que para ese momento la prestación ya se había reclamado, estando pendiente su reconocimiento; de otra parte, los testigos coincidieron en manifestar que su desvinculación obedeció a la entrada en liquidación de la entidad y, se aprovechó su condición de pensionado, empero, en los términos de la Ley 797 de 2003, el requisito para finalizar el contrato con justa causa, por motivo de reconocimiento



pensional, refiere a que su otorgamiento derive de tiempos de servicios y semanas cotizadas para ese empleador, situación que en el asunto no ocurrió, ya que, en la prestación no tuvieron injerencia FEDEGAN ni el Fondo Nacional del Ganado, la pensión fue reconocida por CAJANAL con cargo a los tiempos de servicio prestados al ICA hasta 2007; se deben aplicar las consideraciones de la Sentencia 1037 de 2003 de la Corte Constitucional, así como los conceptos 2185, 17095 de 2005 y, 7456 de 2006, referentes a la pensión por periodos en que se prestaron servicios; el principio de inmediatez en este asunto es de carácter subjetivo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó acreditado dentro del proceso, que con la Ley 89 de 1993, fue creado el Fondo Nacional del Ganado, cuenta especial que carece de personería jurídica, siendo delegada su administración a la Federación Colombiana de Ganaderos – FEDEGAN, en este orden, FEDEGAN y el Ministerio de Agricultura suscribieron los Contratos 017 y 026, de 15 de abril de 1994 y, 29 de abril de 2004, respectivamente, en cuyos términos ésta se encargaría del recaudo, administración e inversión de la cuota de fomento ganadero y lechero, así como de sus recursos, de la suscripción de contratos de trabajo, creando una infraestructura de empresa, en los términos del ordenamiento en cita y su Decreto Reglamentario 696 de 1994, en el primer contrato se acordó una vigencia de diez años y, en el segundo de cinco años, prorrogado hasta 31 de diciembre de 2015,



según se colige de los contratos en cita⁷, sus modificaciones y, otrosíes⁸, así como del acta de liquidación aportada⁹.

Héctor José Anzola Velásquez laboró para el Fondo Nacional del Ganado - en Liquidación por Adjudicación, mediante contrato de trabajo de duración indefinida vigente de 11 de febrero de 2008 a 15 de septiembre de 2016, en el cargo de Coordinador del Área de Investigación y Desarrollo Tecnológico, con un último salario integral de \$8'963.000.00, situaciones fácticas que se infieren del contrato de trabajo¹⁰, la carta de terminación¹¹ y, la certificación laboral de 16 de enero de 2018¹².

A través de Resolución AMB 41542 de 26 de agosto de 2008, la Caja Nacional de Previsión Social EICE reconoció a Héctor José Anzola Velásquez, pensión mensual vitalicia de vejez, por tiempos prestados al Instituto Colombiano Agropecuario de 11 de febrero de 1975 a 25 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de \$3'224.218.22, efectiva a partir de 05 de octubre de 2007, debiendo demostrar el retiro definitivo del servicio, prestación a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional¹³.

El 19 de septiembre de 2016, el actor reclamó al Fondo Nacional del Ganado - en Liquidación por Adjudicación, el pago de la indemnización

⁷ Archivo 01, Folios 143 a 149, 151 a 157, 159 a 167.

⁸ Archivo 01, Folios 150, 158, 168 a 171, 172 a 174, 175 a 176, 177 a 179, 181 a 182, 183 a 186 y, 187 a 190.

⁹ Archivo 01, Folios 223 a 228 y, 295 a 300 - Contrato N° 017 de 1994 -.

¹⁰ Archivo 01, Folios 67 a 68.

¹¹ Archivo 01, Folio 52.

¹² Archivo 01, Folios 29 y 36.

¹³ Archivo 01, Folios 39 a 43.



por despido injusto¹⁴; pedimento negado con escrito de 10 de octubre siguiente, bajo el argumento que al tener reconocido el derecho pensional en vigencia de la vinculación laboral, constituía justa causa de retiro, en los términos del artículo 7º numeral 14 del Decreto 2351 de 1965¹⁵.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

RESPONSABILIDAD DE LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS

Con arreglo al artículo 7 de la Ley 89 de 1993 la Federación Colombiana de Ganaderos – FEDEGAN fue la administradora del Fondo Nacional del Ganado, en cuya virtud, aquella suscribió los contratos de trabajo y creó la infraestructura de empresa con planta de personal y organización financiera, presupuestal, contable, jurídica y tecnológica, entre otras, del FNG como dan cuenta las consideraciones de los contratos de encargo fiduciario¹⁶.

En el *examine*, se demostró que FEDEGAN en calidad de Administradora del FNG suscribió el contrato de trabajo del demandante

¹⁴ Archivo 01, Folios 53 a 58.

¹⁵ Archivo 01, Folios 60 a 64.

¹⁶ Archivo 001, Folios 325 a 328.



como su empleadora; siendo ello así, FEDEGAN debe responder como administradora y empleadora del accionante, asumiendo el pago de sus acreencias laborales que legalmente le correspondan, en caso que el FNG no las cancele.

Es que, aunque hubo encargo fiduciario entre FIDUAGRARIA S.A. y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para administrar el FNG, aquella no es la llamada a responder solidariamente, pues, dicho contrato estuvo vigente de 04 de enero de 2016 a 30 de octubre de 2017, con posterioridad a ésta última calenda, el encargo fiduciario fue suscrito nuevamente con FEDEGAN, quien funge como el actual administrador del FNG conforme al contrato de fiducia de 04 de enero de 2019¹⁷. En este tema se confirmará el fallo apelado.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La Sala se remite al artículo 7º literal a) numeral 14 del Decreto Ley 2351 de 1965, en cuyos términos es justa causa para terminar unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del empleador, el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

Regla jurídica que se debe analizar armónicamente con lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el párrafo 3º del

¹⁷ Página web: <https://www.minagricultura.gov.co/noticias/Paginas/Administraci%C3%B3n-cuenta-parafiscal-del-ganado-fedegan.aspx>



artículo 33 de la Ley 100 de 1993¹⁸, estableciendo como justa causa para finalizar el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, el otorgamiento de la pensión de vejez.

En punto al despido por reconocimiento de la pensión de vejez o invalidez, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que es aplicable a los trabajadores particulares y servidores públicos, siendo viable su uso cuando la administradora le notifica al trabajador el reconocimiento de la pensión y su inclusión en nómina, siendo *“una causal autónoma de terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria; su procedencia se encuentra enmarcada en la garantía de que, entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional, el trabajador pensionado no deje de recibir los ingresos que garantizan su subsistencia; además, una vez se han cumplido sus condiciones, otorga al empleador la posibilidad de usarla «cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad», es decir, en cualquier momento”*¹⁹.

Bajo este entendimiento, el adquirir el estatus de pensionado corresponde a una causal objetiva para finalizar el nexo contractual laboral, siempre que el trabajador haya ingresado en nómina de pensionados, evitando así que deje de percibir su ingreso entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación económica.

¹⁸ artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 “[...] PARÁGRAFO 3º. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones. Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel”.

¹⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia con radicado 78842 de 31 de julio de 2019.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00180 01
Ord. Héctor Anzola Vs. FEDEGAN y otra

Además de los documentos referidos, fueron aportados al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las enjuiciadas²⁰; (ii) escrito de 11 de septiembre de 2008, dirigido a la Coordinadora de Gestión Humana de FEDEGAN en que el actor informó el reconocimiento pensional que le efectuó CAJANAL y, solicitó no se le continuaran descontando aportes a pensión²¹; (iii) comunicación de 20 de agosto de 2015, a través de la que se informó al demandante que la Superintendencia de Sociedades había decretado la apertura de los procesos de reorganización del Fondo Nacional del Ganado - FNG y Frigoríficos Ganaderos - FRIOGAN, designando a Pablo Muñoz Gómez como Promotor²²; (iv) Autos N° 400 - 010328 y N° 400 - 008393, de 04 de agosto de 2015 y, 26 de mayo de 2016, mediante los que la Superintendencia de Sociedades admitió al FNG, administrado por FIDUAGRARIA S.A., como mandataria del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006 y, dispuso la terminación de ese proceso, respectivamente²³; (v) Contrato de Encargo Fiduciario de Administración y Pagos N° 20160001, firmado entre FIDUAGRARIA S.A. y, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para el recaudo, administración e inversión de las cuotas de fomento ganadero y lechero, de acuerdo con las políticas del gobierno nacional, con un plazo de ejecución de seis meses, acompañado de su acta de liquidación²⁴ y; (vi) Contrato de Encargo Fiduciario de Administración y Pagos N° FID - 0042 - 2016, suscrito entre FIDUAGRARIA S.A. y, Pablo Muñoz Gómez actuando en calidad de liquidador del FNG y, su acta de liquidación²⁵.

²⁰ Archivo 001, Folios 30 a 35, 115 a 120, 125 a 130 y, 345 a 347.

²¹ Archivo 001, Folio 37.

²² Archivo 001, Folios 44 a 45.

²³ Archivo 001, Folios 46 a 51 y, 191 a 199.

²⁴ Archivo 001, Folios 200 a 222, 247 a 269 y, 284 a 293.

²⁵ Archivo 001, Folios 270 a 283 y, 325 a 328.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00180 01
Ord. Héctor Anzola Vs. FEDEGAN y otra

Se recibieron los interrogatorios de parte del Representante Legal de FEDEGAN²⁵ y, de Héctor José Anzola Vásquez²⁶, así como los

²⁵ Archivo 006, Minuto 00:18:45. Roberto Bruce Becerra, Representante Legal de FEDEGAN. Dijo que FEDEGAN suscribió un contrato individual de trabajo a término indefinido con el demandante, no recuerda la fecha inicial, sin embargo, ese contrato se firmó en condición de administradora del Fondo Nacional del Ganado, lo que es importante porque las personas que formaron parte de la planta de personal hasta el 31 de diciembre de 2015, fecha en la que se retiró tal administración, fueron independientes a la planta de personal de FEDEGAN, además, la planta a la que perteneció el demandante, fue aprobada por la directiva del Fondo Nacional del Ganado, órgano independiente de FEDEGAN y su junta directiva, es decir, son dos entes completamente distintos, pues, el salario de Héctor Anzola provenía de los recursos del Fondo Nacional del Ganado; el actor prestó servicios al Fondo Nacional del Ganado, en cumplimiento de los objetivos establecidos en la Ley 89 de 1993, que creó un fondo parafiscal, con recursos de contribuciones parafiscales, denominada cuota de fomento ganadero y lechero; el actor prestó servicios en instalaciones que no son propias de FEDEGAN, fue en el Edificio Lutaima, ubicado en la Carrera 7 N° 37 - 25, arrendado por la Federación Colombiana de Ganaderos para ubicar el personal, posteriormente, prestó servicios en las instalaciones de FEDEGAN, en el edificio contiguo a la casa de FEDEGAN, después de la liquidación las instalaciones fueron desocupadas, solo quedó el personal vinculado desde 04 de enero de 2016, que no estaba bajo la administración de FEDEGAN, sino del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, quien lo operó a través de encargo fiduciario con FIDUAGRARIA; el 26 de mayo de 2016, se decretó la liquidación del Fondo Nacional del Ganado, por lo que se terminaron todos los contratos de trabajo del personal, luego de acogerse al régimen de reorganización empresarial, en los términos de la Ley 1116 de 2015 y, entró en condición de patrimonio autónomo de creación legal, según lo estableció la Superintendencia de Sociedades, entidad que designó el liquidador; el demandante durante los últimos seis meses en que prestó servicios, lo hizo en las oficinas de la sede de FEDEGAN, pero bajo la administración del Fondo Nacional del Ganado por parte del Ministerio; las decisiones de FEDEGAN, en materias jurídica, financiera o administrativa, eran tomadas por la junta directiva del Fondo Nacional del Ganado, de acuerdo con la Ley 89 de 1993; el contrato de trabajo del accionante con FEDEGAN, fue firmado por el representante legal de esa entidad, en condición de administradora; el convocante era llamado a reuniones por parte de la presidencia de FEDEGAN, en las que se trataban temas de programas y proyectos, desconoce si se daban instrucciones, las funciones son fijadas por el manual de funciones, teniendo en cuenta los programas y proyectos aprobados, de acuerdo con las competencias de cada área; actualmente FEDEGAN administra el Fondo Nacional del Ganado; al reasumir la administración de las cuotas de fomento ganadero y lechero, se encargan de los remanentes de la liquidación, entregados al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, después pasaron a FIDUAGRARIA y, luego entregados nuevamente al Fondo Nacional del Ganado.

²⁶ Archivo 006, Minuto 01:02:20. Héctor José Anzola Vásquez. Manifestó que el comunicado de desvinculación de la Federación Colombiana de Ganaderos - FEDEGAN fue firmado por Pablo Muñoz Gómez, como liquidador del Fondo Nacional del Ganado; no obtuvo pensión estando al servicio del Fondo Nacional del Ganado, trabajó en el Instituto Colombiano Agropecuario por más de 30 años, cumplió los requisitos de pensión el 04 de octubre de 2007, luego pasó a un concurso que abrió FEDEGAN, entrando a trabajar el 11 de febrero de 2008, en agosto siguiente, salió la resolución de pensión, procediendo a comunicarla a la Jefe de Personal, por lo que desde "agosto del 2018 hasta agosto del 2016" estuvo vinculado con FEDEGAN, sin tener llamados de atención; la resolución de reconocimiento de pensión "es como de 29 de agosto del año 2018"; en el contrato individual de trabajo a término fijo aparecía como empleador FEDEGAN - Fondo Nacional del Ganado, con la firma del Doctor Jaime Daza, FEDEGAN siempre se presentó como administrador y simple intermediario del Fondo Nacional del Ganado, sin embargo, le impartieron órdenes; los salarios y, prestaciones sociales se pagaron con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Ganado, pero, "a partir del 26 de agosto del año 2008, cuando salió la resolución de pensión yo dejé de aportar al fondo de pensiones"; negoció el pago de una indemnización, le llegaron a ofrecer el 50%, luego lo llamaron a firmar la carta de liquidación del contrato de trabajo, tal negociación fue con abogada asistente de Pablo Muñoz Gómez. Recibía la mesada desde "agosto del año 2018, cuando yo recibí la notificación de la Caja Nacional de Previsión... hasta agosto del 2016 yo recibí la mesada de pensión todo el tiempo".



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00180 01
Ord. Héctor Anzola Vs. FEDEGAN y otra

testimonios de Mario Alberto Arocha Zuluaga²⁷, Ignacio de Jesús Amador Gómez²⁸ y, Mónica Adriana Torres Torres²⁹.

En su interrogatorio de parte Anzola Vásquez admitió que recibió el pago de su mesada pensional “*todo el tiempo*” desde la notificación que le efectuó la Caja Nacional de Previsión, hecho corroborado con las comunicaciones de 04 de septiembre de 2008, en que CAJANAL requirió al actor para que se notificara de la Resolución N° 41542 de 26 de agosto de 2008³⁰ y, del siguiente día 11, a través de la que el accionante solicitó a su empleador que no le descontara aportes a pensión debido al reconocimiento de su

²⁷ Archivo 006, Minuto 00:04:05. Mario Alberto Arocha Zuluaga, Zootecnista. Depuso que es trabajador de la Corporación de Investigación Agropecuaria - AGROSAVIA, laboró en el Fondo Nacional del Ganado, administrado por FEDEGAN, hasta julio de 2017, cuando inició la liquidación, fue pasante del Doctor Anzola, luego fue Profesional, donde el actor fue su jefe directo, después fueron compañeros; desconoce la fecha de terminación del contrato del actor o los motivos. El Fondo Nacional del Ganado era la cuenta donde se consignaban los recursos de los parafiscales de carga y, FEDEGAN era el gremio que tenía el contrato de administración con el Ministerio de Agricultura; el demandante fue Coordinador de Innovación y Desarrollo de la Subgerencia de Ciencia y Tecnología, se encargaba de lo que tenía que ver con programas de alimentación bovina, suplementación estratégica y, desarrollo en alimentación; FEDEGAN es un gremio ganadero que agrupa agremiaciones ganaderas que propenden por el bienestar del pequeño ganadero; inicialmente desarrollaron actividades en la casa número 4, donde quedaba la Subgerencia de Ciencia y Tecnología, luego se trasladaron al Edificio Lutaima en la Carrera 7 con Calle 32, allí no habían funcionarios directos de FEDEGAN, el actor debía asistir a reuniones, presentaciones o, capacitaciones en las instalaciones de FEDEGAN; los salarios salían de las arcas de la cuenta parafiscal de carne y leche, administrada por FEDEGAN.

²⁸ Archivo 006, Minuto 00:23:40. Ignacio de Jesús Amador Gómez, Zootecnista. Indicó que es Director Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Industriales de la Carne – ASOCARNE, conoció a Héctor José Anzola en razón de su profesión; en el Fondo Nacional del Ganado fue Coordinador de Investigación y Desarrollo, Coordinador de la Cadena Cárnica y, Subgerente de Cadenas Productivas, el actor fue quien lo reemplazó en la Coordinación de Investigación y Desarrollo cuando fue trasladado a la Coordinación de la Cadena Cárnica en FEDEGAN - Fondo Nacional del Ganado, allí trabajó de 2006 a 2014, luego de su desvinculación Héctor siguió trabajando, él prestó servicios al Fondo Nacional del Ganado, administrado por FEDEGAN; sabe que el contrato del actor terminó por el proceso de liquidación del Fondo Nacional del Ganado, conoció el contrato del actor porque Héctor Anzola fue quien lo reemplazó en el Fondo Nacional del Ganado - FEDEGAN como Coordinador de la Cadena de Carne, las funciones estaban relacionadas con el objeto de FEDEGAN, como administradora de la cuenta denominada Fondo Nacional del Ganado, el actor se encargaba de investigar procesos especialmente en el tema de la nutrición animal, él dependía del Subgerente, doctor Carlos Osorio, quien a su vez dependía de la Gerencia Técnica del Fondo Nacional del Ganado, designados por FEDEGAN, los servicios fueron prestados en Bogotá, en las diferentes localidades de FEDEGAN, propia y arrendadas, inicialmente en la Carrera 14 con Calle 37, posteriormente en la Carrera 17 con Calle 37 y, luego en la séptima con 37, Edificio Lutaima; el demandante debía presentar informes de gestión a FEDEGAN, algunos se presentaban públicamente en los comités de presidencia, asistían a reuniones organizadas por FEDEGAN, en especial a los comités de gerencias y reuniones coordinadas por la subgerencia, FEDEGAN organizó congresos nacionales de ganadería, a los que eran invitados algunos miembros a apoyar la organización del evento; Héctor se desplazaba a dar capacitaciones sobre el uso adecuado de elementos para la alimentación animal en sus diferentes momentos de vida; al momento de la vinculación se comentó que el doctor Anzola era pensionado del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA. La nómina era del Fondo Nacional del Ganado.

²⁹ Archivo 006, Minuto 00:43:30. Mónica Adriana Torres Torres. Preciso que trabajó para el Fondo Nacional del Ganado durante 18 años, hasta enero de 2015, laboró con Héctor Anzola en la Gerencia Técnica, él era Coordinador de Investigación y Desarrollo Tecnológico en la Subgerencia, sabe que se retiró por la liquidación del Fondo Nacional del Ganado. El demandante se vinculó al Fondo Nacional del Ganado en 2008; FEDEGAN es la entidad gremial sobre la que reposaba el Fondo Nacional del Ganado, que es una cuota de recaudo de FEDEGAN; el actor manejaba toda la parte de investigación de los proyectos del área de ciencia y tecnología, así como las capacitaciones que tenían que ver con los ganaderos, las funciones eran delegadas por FEDEGAN; el lugar donde el accionante prestó servicios fue en la Calle 37 con Carrera 16, luego en el Edificio Lutaima; la mayoría de la documentación salía como FEDEGAN - Fondo Nacional del Ganado; los salarios del demandante provenían de los recursos parafiscales por cuota ganadera y lechera, eran administrados por el Fondo Nacional del Ganado; supo que el actor antes de vincularse venía pensionado del ICA. La administradora del Fondo Nacional del Ganado, después de FEDEGAN fue FIDUAGRARIA.

³⁰ Archivo 001, Folio 38.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00180 01
Ord. Héctor Anzola Vs. FEDEGAN y otra

prestación de vejez³¹, en este orden, surge evidente que para la calenda de finalización de la relación laboral³² - 15 de septiembre de 2016 - el convocante ya disfrutaba de la prestación jubilatoria, pues, había sido incluido en nómina con anterioridad, constituyendo dicho otorgamiento justa causa para finalizar el contrato de trabajo.

Ahora, al corresponder a un despido motivado por el reconocimiento de la pensión de vejez, la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, que no resulta viable la aplicación del requisito de inmediatez, ya que, *“se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido). Por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser «perdonado, dispensado o condonado»*³³.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada en este tema. Sin costas en la alzada.

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

³¹ Archivo 001, Folio 37.

³² Archivo 01, Folio 52.

³³ CSJ, Sentencias SL5547 de 08 de julio de 1993, SL14378 de 30 de abril de 2001 y, SL3108 de 31 de julio de 2019.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2019 00180 01
Ord. Héctor Anzola Vs. FEDEGAN y otra

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo apelado, con arreglo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

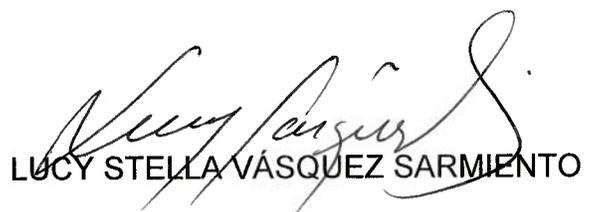
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE TERESA DEL CARMEN SÁNCHEZ LÓPEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y, COLPENSIONES, así como el grado



jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora, respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 29 de octubre de 2021, proferido por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS efectuado el 30 de enero de 1995 a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN, por falta de información, que PORVENIR S.A. omitió suministrar información completa, verídica y comprensible antes de cumplir 47 años de edad, en consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. transferir a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y, semanas cotizadas, como si nunca se hubiese surtido el traslado; la Administradora del RPM debe aceptar su traslado; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 06 de abril de 1965; el 12 de abril de 1982 se afilió al Instituto de Seguro Social - ISS; el 30 de enero de 1995 se trasladó al RAIS a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por mala asesoría, ya que, le indicaron que no perdería beneficio alguno, se podría pensionar antes de la edad requerida, tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y, recibiría una pensión mayor a la del ISS; el 18 de octubre de 2005 se cambió a PORVENIR S.A.; el 28 de junio de 2007 se pasó a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., fondo en que se encuentra afiliada; ha cotizado 1842 semanas al sistema general de pensiones, 668.29 al RPM y 1173.71 al RAIS; antes de cumplir los 47 años de edad, no fue



informada acerca de la posibilidad de regresar al RPM. El 21 de noviembre de 2018 solicitó a OLD MUTUAL S.A. información sobre el valor de su mesada pensional, recibiendo respuesta el 12 de diciembre siguiente, indicándole que su mesada sería de \$2'404.000.00, sin embargo, en el RPM sería de \$5'045.579.00; el 09 de julio de 2019, presentó derecho de petición a COLPENSIONES solicitando su traslado al RPM, negado por encontrarse a menos de 10 años de la edad de pensión; las AFP enjuiciadas omitieron entregar información veraz sobre las ventajas, desventajas, alcance y, consecuencias del traslado de régimen pensional, por ende, su vinculación no fue libre, ni voluntaria¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó las calendas de nacimiento de la actora, de vinculación al ISS y, de traslado al RAIS, así como la solicitud de cambio al RPM con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, su buena fe y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentó oposición a los pedimentos y, dijo que no eran ciertas o no le constaban las situaciones fácticas. Propuso como

¹ Folios 2 a 27.

² CD Folio 105.



excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, genérica³.

SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra, frente a los hechos admitió la vinculación de la accionante a ese Fondo. Presentó las excepciones de no participación ni intervención en la selección de régimen, inhabilitación para el traslado de régimen por edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de vulneración del debido proceso al momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, *“los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante”*, prescripción, buena fe y, genérica⁴.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones propuestas en su contra, en cuanto a la fundamentación fáctica aceptó la *data* de nacimiento de la demandante y, de vinculación a esa AFP. Presentó 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, traslado de aportes a SKANDIA, inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración así como la prima del seguro previsional y, genérica⁵.

³ Folios 107 a 119.

⁴ CD Folio 156.

⁵ CD Folio 159.



Mediante auto de 14 de abril de 2021, el *a quo* admitió el llamamiento en garantía de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.⁶, quien rechazó los pedimentos de la demanda, en cuanto a las situaciones fácticas dijo que no le constaban. Respecto a los hechos del llamamiento en garantía adujo que no eran ciertos o no le constaban. Presentó las excepciones de improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por plena validez del contrato de seguros previsual de invalidez y sobrevivientes, inexistencia de la obligación legal que impusiera a la aseguradora el asesoramiento en el traslado de régimen pensional⁷.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado el 30 de enero de 1995 por Teresa del Carmen Sánchez López, a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., así como los traslados a PORVENIR S.A. y a SKANDIA S.A., en consecuencia, ordenó a las AFP devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, así como los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, que tengan en su poder en la actualidad; la Administradora del RPM debe tener como afiliada a la demandante, recibir los dineros devueltos y, actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas e; impuso costas a PROTECCIÓN. Declaró probada la excepción de inexistencia de consecuencias al asegurador frente al deber de información, aducida

⁶ Folios 160 a 162.

⁷ Folios 164 a 171.



por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. como llamada en garantía de SKANDIA S.A.; absolvió a la aseguradora de todas las pretensiones e; impuso costas a SKANDIA S.A. a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.⁸.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las Administradoras enjuiciadas interpusieron sendos recursos de apelación⁹.

COLPENSIONES en resumen expuso, que no le asiste razón a la demandante en cuanto a la ineficacia de su vinculación al RAIS y, traslados horizontales, en tanto, se encuentra dentro de la prohibición legal para cambiar de régimen en los términos de la Ley 797 de 2003, pues, solo hasta 2012 contaba con la posibilidad de retornar al RPM o, manifestar inconformidades frente a su permanencia en el RAIS; adicionalmente, contó con suficiente tiempo para que se informara de las condiciones, ventajas, desventajas y, requisitos de cada uno de los regímenes para elegir el que considerara más favorable, sin embargo, omitió cumplir tal deber, por ende, su regreso a COLPENSIONES afectaría el principio de la sostenibilidad financiera, generando una situación caótica que afectaría la debida planeación, asignación y, distribución de los recursos del sistema pensional.

⁸ Folios 209 a 211, Audio y Acta de Audiencia.

⁹ CD Folio 209, Audio de Audiencia.



PORVENIR S.A. en suma arguyó, que en el presente asunto se acreditó el cumplimiento del deber de información con los documentos aportados y, el interrogatorio de la demandante, pues, se estableció que conoció las condiciones y particularidades del RAIS, corroborado con la suscripción del formulario de vinculación y, la permanencia libre y voluntaria en el RAIS, sin manifestación de inconformidad alguna; además, la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información con documento diferente al formulario de afiliación, resulta desmedida, en tanto, para el momento del cambio de régimen ello no se exigía, ni era requisito indispensable para los fondos privados. Los gastos de administración se encuentran autorizados por el artículo 20 inciso 2º de la Ley 100 de 1993, descuentos que también se efectúan en el RPM, no forman parte integral de la pensión por vejez de la convocante, sujetos a prescripción y, cumplieron su finalidad legal.

SKANDIA S.A. en síntesis alegó, que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 previó los emolumentos, conceptos y factores que se deben trasladar al momento de transferir los recursos entre regímenes pensionales, sin que se haga alusión a los gastos de administración, en este sentido, no es procedente su devolución, máxime si se tiene en cuenta que se destinan a pagar primas por posibles contingencias de invalidez o muerte a cargo de la aseguradora MAPFRE, sin que incurriera en mora frente a su pago. En caso que sea confirmada la decisión apelada se debe declarar probada la excepción de prescripción sobre los gastos de administración, dado el origen comercial del vínculo que existió entre la AFP y la aseguradora MAPFRE, conforme al artículo 1081 del CCo, siendo ésta como llamada en garantía quien debe reembolsar dichos gastos de administración, pues, el contrato de seguros tiene origen en una relación de seguridad



social entre la AFP y la afiliada, aunque no se consolidaron las contingencias, por tanto, aquel vínculo no debe producir efectos, ya que, al declararse la ineficacia, se perdería el interés asegurable, en los términos del artículo 1137 inciso final del ordenamiento en cita.

PROTECCIÓN S.A. en suma adujo, que se debe revocar la decisión del *a quo* en lo atinente a la orden de devolver gastos de administración y, seguros previsionales, pues, al momento en que la actora cambió de administradora remitió los aportes y rendimientos causados a la nueva AFP, además, es incongruente que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, que implica la inexistencia de la vinculación al fondo privado, empero, existieron rendimientos, gastos de administración y, seguros previsionales, pues, lo accesorio debe correr la suerte de lo principal, con todo, dichos descuentos también se efectuar en el RPM, teniendo una destinación específica.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Teresa del Carmen Sánchez López estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 12 de abril de 1982 a 31 de enero de 1995, aportando 668.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 30 de enero de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de febrero siguiente; el 01 de abril de 2000 se cambió a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., con efectividad desde igual *data*; el 18 de octubre de 2005 se pasó a PORVENIR S.A., con efectos a partir de 01 de diciembre de ese año; el



07 de noviembre de 2006 se fue a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. efectivo desde 01 de enero de 2007 y; el 28 de julio siguiente, se cambió a SKANDIA S.A., con efectos desde 01 de agosto de esa anualidad; situaciones fácticas que se infieren de las historias laborales y el estado de cuenta elaborados por SKANDIA S.A.¹⁰, los formularios de vinculación a las AFP¹¹, el reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES¹², el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹³, la certificación de afiliación y la relación histórica de aportes expedidas por PORVENIR S.A.¹⁴, así como del reporte de estado de cuenta elaborado por PROTECCIÓN S.A.¹⁵.

Sánchez López nació el 06 de abril de 1965, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁶.

El 21 de noviembre de 2018, la demandante solicitó a las AFP convocadas a juicio copia del respectivo formulario de afiliación, la información y los cálculos actuariales entregados al momento de la vinculación, así como su historia laboral¹⁷.

El 07 de diciembre de 2018, PORVENIR S.A. informó a la actora que el traslado de régimen pensional se dio a través de PROTECCIÓN S.A., por ello, no tuvo responsabilidad en el cambio de régimen, tampoco existían documentos que evidenciaran la asesoría entregada, en tanto,

¹⁰ Folios 29 a 30 y, CD Folio 156, Páginas 36 a 45, 46 a 63 y, 65 a 67.

¹¹ Folios 31 a 33 y 138; CD Folio 156, Páginas 35 y 77; CD Folio 159, Página 42.

¹² CD Folio 105, Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211.

¹³ Folios 136 a 137; CD Folio 159, Páginas 43 a 44.

¹⁴ Folios 139 a 140.

¹⁵ Cd Folio 159, Páginas 46 a 54.

¹⁶ Folio 28.

¹⁷ Folios 36, 41 y, 44.



fue verbal, le adjuntó el formulario de vinculación y, la relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual¹⁸.

El 12 de diciembre de 2018, SKANDIA S.A. remitió comunicación a la accionante indicándole que el 28 de junio de 2007 había suscrito formulario de afiliación, siendo claro y evidente que aceptó recibir información sobre las implicaciones del traslado al RAIS y, la posibilidad de retracto, adicionalmente, la información y asesoría suministrada fue directa y personalizada, pero, no contaba con soporte escrito, anexó proyección pensional y, la historia laboral consolidada¹⁹.

El 29 agosto de 2019, PROTECCIÓN S.A. le manifestó a la actora que estuvo vinculada en esa Administradora de 01 de febrero de 1995 a 18 de octubre de 2005, que la asesoría sobre las características de los regímenes pensionales había sido verbal, además aportó el formulario de vinculación y, la historia laboral²⁰.

El 09 de julio de 2019, Sánchez López radicó en COLPENSIONES formulario de afiliación al sistema general de pensiones²¹, pedimento rechazado en igual calenda, por ser un trámite improcedente, ya que, se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse²².

¹⁸ Folios 42 a 43.

¹⁹ Folios 45 a 48.

²⁰ Folios 37 a 40.

²¹ Folio 34.

²² Folio 35.



Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) nota técnica de estimación de la mesada pensional, aportada por la demandante²³, (ii) certificados de existencia y representación legal de las convocadas a juicio²⁴, (iii) expediente administrativo de la actora, aportado por COLPENSIONES²⁵, (iv) comunicados de prensa²⁶, (v) póliza 9201407000002 de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia suscrita entre Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y SKANDIA S.A.²⁷, (vi) concepto N° 2015123910 - 002

²³ Folios 49 a 51.

²⁴ Folios 52 a 65, CD Folio 156, Páginas 19 a 34 y, 90 a 141.

²⁵ CD Folio 105.

²⁶ Folios 140 a 141 y, CD Folio 159, Páginas 56 a 58.

²⁷ CD Folio 156, Páginas 78 a 89.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 013 2019 00836 01
Ord. Teresa Sánchez Vs. COLPENSIONES y otros

de 29 de diciembre de 2015 proferido por la Superintendencia Financiera de Colombia²⁸, (vii) políticas asesorar para vincular personas naturales aportadas por PROTECCIÓN S.A.²⁹. También se recibió el interrogatorio de parte de Teresa del Carmen Sánchez López³⁰.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 30 de enero de 1995³¹, se lee:

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y

²⁸ CD Folio 159, Páginas 59 a 60.

²⁹ CD Folio 159, Páginas 61 a 65.

³⁰ Archivo 012, Minuto 00:19:00. Teresa del Carmen Sánchez López. Dijo que en 1995 trabajaba en la Compañía de Inversiones Bogotá, tenía como funciones la coordinación de cartera de clientes y, el manejo de estudio de recolección de documentos de los clientes que compraban vivienda, con anterioridad fue Secretaria, pero no tuvo que ver con procesos de afiliación a seguridad social; cuando se trasladó a COLMENA, fue reunida por la empresa en una sala con otros trabajadores y, varios asesores de la AFP les informaron que el Seguro Social se iba a liquidar, por ende, perderían el dinero invertido para la pensión, entonces, lo mejor era trasladarse a los fondos privados, también les dijeron que su ahorro sería individual, que su mesada sería igual al salario devengado al momento en que cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y, que al cotizar por varios años accedería a una muy buena pensión, esa reunión duró de una a una y media hora, cuando individualmente firmó el formulario, el asesor le dijo que debía seguir cotizando por varios años y, que seguramente se podría pensar antes de los 55 años de edad, sin indicarle qué debía hacer para ello, no recibió información sobre aportes voluntarios, financiamiento de la pensión, ni requisitos para acceder a la prestación de vejez; se cambió a PORVENIR porque, cambió de empresa y allí era obligatorio que se afiliara a esa AFP, inclusive no recibió información de ningún asesor; después se pasó a OLD MUTUAL por sugerencia de su esposo, quien también se encontraba afiliado a ese fondo; solo recibió extractos de OLD MUTUAL; no recibió asesorías adicionales de ninguno de los fondos privados a los que se afilió. No consideró regresar al RPM porque estaba convencida de la información que le habían entregado las administradoras del RAIS, permaneció voluntariamente afiliada; en los extractos no se discriminaba el valor de la mesada pensional; ahora conoce los requisitos para pensionarse en COLPENSIONES, no sabía que hasta los 47 años podía regresar a esa entidad; efectuó aportes voluntarios, pero los retiró porque le dijeron que no servían para nada. Firmó el formulario de afiliación a PROTECCIÓN de manera libre. Sabía que los aportes voluntarios tenían buena rentabilidad, que serían como un CDT; en 2018 solicitó una proyección pensional. No ha sido pensionada por invalidez o vejez, ni ha solicitado anticipadamente el reconocimiento de derecho pensional.

³¹ Folio 31 y, CD Folio 159, Página 42.



detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³²; resaltando además, que “...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor a la entidad demandada...”³³.

Es que, recaía en la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital

³² CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³³ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³⁴.

³⁴ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrinó que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, SKANDIA S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Teresa del Carmen Sánchez López, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁵, en este sentido, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo que la decisión también se estudia en consulta a favor de COLPENSIONES.

³⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 013 2019 00836 01
Ord. Teresa Sánchez Vs. COLPENSIONES y otros

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. - antes AFP COLMENA e ING – y, PORVENIR S.A. en su oportunidad remitieron la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no las exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna. En este tema también se adicionará la decisión del *a quo*, atendiendo que además se analiza en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este sentido se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁶, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

³⁶ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la



congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁷.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁸, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

³⁷ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.

³⁸ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*³⁹. Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada en este aspecto.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La Sala se remite a los términos previstos por el artículo 64 del CGP⁴⁰. Al *examine* se aportó la Póliza 9201407000002 de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, tomada por SKANDIA S.A. Pensiones y Cesantías S.A. a favor de los afiliados al fondo de pensiones obligatorias para el amparo de las sumas adicionales de pensiones de invalidez y sobrevivientes, así como del auxilio funerario⁴¹.

En este sentido, la póliza reseñada no tenía dentro de su cobertura la devolución de los gastos de administración, siendo improcedente el reembolso solicitado por SKANDIA S.A., adicionalmente, la remisión de estos dineros se fundamenta en la ineficacia del traslado y afiliaciones

³⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

⁴⁰ LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

⁴¹ CD Folio 156, Páginas 78 a 89.



al RAIS con cargo a las utilidades del fondo⁴², no por la falta de financiación de la cuenta de ahorro individual para acceder a una prestación económica, siendo ello así, se confirmará la absolución de primer grado respecto a MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada, para **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a PORVENIR S.A. y, a SKANDIA S.A. transferir a COLPENSIONES además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento y, con cargo a sus propias utilidades, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados a la demandante, debidamente indexados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada. Sin costas en esta instancia.

⁴² CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.

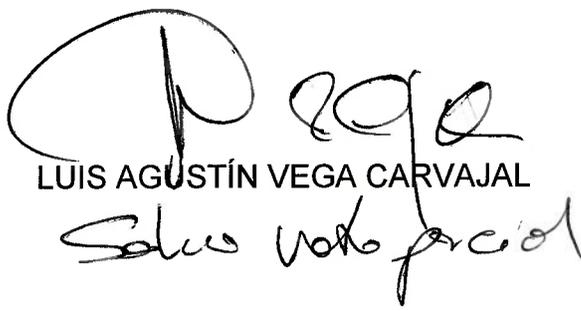


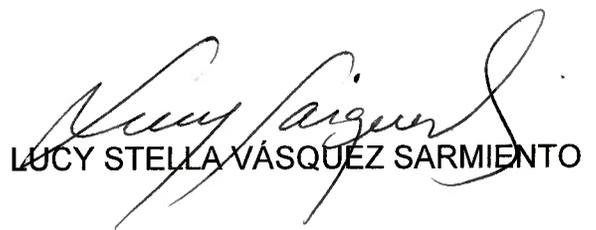
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 013 2019 00836 01
Ord. Teresa Sánchez Vs. COLPENSIONES y otros

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE RUBY CONSUELO BARRERO RAMÍREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha



19 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad de su traslado y afiliación al RAIS, a través de PORVENIR S.A. y posteriormente a COLFONDOS S.A., por falta de cumplimiento del deber de información, en consecuencia, se ordene a la última AFP transferir a COLPENSIONES todos sus aportes y, rendimientos; la Administradora del RPM debe activar su afiliación, aceptar y recibir los aportes remitidos; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 11 de junio de 1962; laboró para la Rama Judicial de 22 de noviembre de 1985 a 31 de enero de 1994, aportando para pensión a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL; el 01 de julio de 1998 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A.; en junio de 2005 se cambió a COLFONDOS S.A.; al momento de vincularse a las AFP mencionadas, éstas le indicaron las ventajas de pertenecer al RAIS, omitiendo entregar información adecuada y completa sobre las desventajas y, diferencias existentes entre los regímenes pensionales. A la presentación de la demanda se encuentra vinculada a COLFONDOS S.A.; el 25 de febrero de 2019 reclamó vía administrativa a COLPENSIONES la nulidad de su traslado al RAIS y, la reactivación de su afiliación al RPM, negada por improcedente en igual *data*; los días 28 de febrero y, 07 de marzo de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., respectivamente, los documentos en que constara



su afiliación a esas AFP; el 08 de marzo de la anualidad en cita, peticionó al Consejo Superior de la Judicatura certificación de tiempos cotizados y laborados para la Rama Judicial; el 02 de abril de 2018 (sic), COLFONDOS S.A. le entregó copia del formulario de vinculación, historia laboral y, proyección pensional en cada régimen; PORVENIR S.A. y el Consejo Superior de la Judicatura no han contestado¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento de la actora y, la reclamación administrativa con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentó oposición a los pedimentos, respecto de las situaciones fácticas admitió la *data* de nacimiento de la demandante y, la solicitud de documentos. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe³.

¹ Archivo 2019-316 FL198_pagenumbr, Folios 1 a 18.

² Archivo 2019-316 FL198_pagenumbr, Folios 65 a 101.

³ Archivo 2019-316 FL198_pagenumbr, Folios 151 a 174.



COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías S.A. rechazó las pretensiones, frente a la fundamentación fáctica aceptó las fechas de nacimiento de la convocante y, de afiliación a esa AFP, la vinculación de la accionante a esa Administradora a la presentación de esta demanda, la solicitud de documentos y, su respuesta. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, su buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a ese fondo privado, prescripción, compensación y, pago⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS, efectuado el 28 de julio de 1994 por Ruby Consuelo Barrero Ramírez a través de COLFONDOS S.A. y, los cambios posteriores a PORVENIR S.A. y a HORIZONTE; declaró a COLPENSIONES como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en consecuencia, ordenó a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. devolver a la Administradora del RPM la totalidad de aportes girados a favor de la actora por cotizaciones a pensión, incluyendo rendimientos financieros causados y, los bonos pensionales si los hubiese, a su respectivo emisor; impuso costas a las enjuiciadas⁵.

RECURSO DE APELACIÓN

⁴ Archivo 2019-316 FL557, Folios 200 a 214 y archivo 2019 -316 FL298 Contestación COLFONDOS.

⁵ Archivos 2019-316 FL557, Folios 553 a 558 y, 11001310502020190031600(19-02-21), Acta y Audio de Audiencia.



Inconforme con la decisión anterior, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que se deben revocar los numerales dos, tres y cuatro de la sentencia de primera instancia, en tanto, la demandante nunca estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social ni a COLPENSIONES, como lo aceptó en su interrogatorio de parte; tampoco debe asumir el derecho pensional de la actora, pues, ésta se encuentra en la prohibición legal para cambiar de régimen, en los términos del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además, la ineficacia del traslado quebrantaría el principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 Constitucional, afectando la debida planeación del pago de las pensiones de quienes venían aportando al sistema; el *a quo* no tuvo en cuenta que la convocante tenía el deber de informarse acerca del producto adquirido, que evidencia falta de interés en el tema pensional, más aun cuando por su profesión debió tener conocimientos básicos en seguridad social. Si se confirma la decisión, se deberá ordenar a las AFP reintegrar la totalidad de cotizaciones, es decir, “...recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y, gastos de administración...”; asimismo, se le debe exonerar del pago de costas, ya que, no tuvo injerencia en los contratos firmados por la demandante y los fondos privados⁶.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

⁶ Archivo 11001310502020190031600(19-02-21), Audio de Audiencia.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00316 01
Ord. Ruby Barrero Vs. COLPENSIONES y otros

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Ruby Consuelo Barrero Ramírez prestó servicios a la Rama Judicial del Poder Público de 22 de noviembre de 1985 a 31 de enero de 1994, aportando a CAJANAL de 01 de enero de 1986 a 31 de enero de 1994; el 28 de julio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado a COLFONDOS S.A., efectivo a partir de igual calenda; el 19 de mayo de 1998 se cambió a PORVENIR S.A., con efectividad desde 01 de julio siguiente; el 28 de mayo de 2004, se pasó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y; en junio de 2005, regresó a COLFONDOS S.A.; situaciones fácticas que se infieren de la constancia N° CPLTES15 - 742 de 19 de noviembre de 2015, expedida por la Directora Administrativa de la División de Tesorería de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial⁷, el reporte de días acreditados elaborado por COLFONDOS S.A.⁸, los formularios de vinculación a las AFP⁹, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁰, así como de la relación histórica de aportes, la certificación de vinculación, la historia laboral consolidada emitidas por PORVENIR S.A.¹¹ y, lo aceptado por COLFONDOS al responder la demanda¹².

Barrero Ramírez nació el 11 de junio de 1962, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 25 de febrero de 2019, la demandante solicitó a COLPENSIONES que anulara su traslado y afiliación a PORVENIR S.A. (sic), así como su posterior vinculación a COLFONDOS S.A. (sic), activara su afiliación

⁷ 2019-316 FL557, Folios 20 a 23.

⁸ 2019-316 FL557, Folios 39 a 44.

⁹ 2019-316 FL557, Folios 45, 188 y 189.

¹⁰ 2019-316 FL557, Folios 175 a 178.

¹¹ 2019-316 FL557, Folios 179 a 185, 186, 187 y, 190 a 195.

¹² Archivo 2019-316 FL557, Folios 200 a 214 y archivo 2019 -316 FL298 Contestación COLFONDOS.

¹³ 2019-316 FL557, Folio 19.



al RPM y, recibiera los aportes que le fueran remitidos¹⁴, pedimentos negados en igual fecha, pues, el cambio de régimen se efectuó de manera directa y voluntaria, en ejercicio del derecho a la libre elección¹⁵.

Los días 28 de febrero y 07 de marzo de 2019, la actora petitionó a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., respectivamente, los documentos en que constara su afiliación a cada AFP, la información suministrada, la historia laboral y, el formulario de vinculación, además, su proyección pensional¹⁶.

El 02 de abril de la última anualidad en cita, COLFONDOS S.A. informó a la accionante que al momento de su vinculación, el asesor comercial le suministró información de manera verbal, siendo el formulario de afiliación, suscrito libre y voluntariamente, el único soporte de su aceptación, conocimiento y comprensión de las ventajas y desventajas del traslado de régimen, asimismo, anexó la historia laboral, la afiliación y, la proyección pensional¹⁷.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

¹⁴ 2019-316 FL557, Folios 27 a 28.

¹⁵ 2019-316 FL557, Folios 31 a 33.

¹⁶ 2019-316 FL557, Folios 26 y 30.

¹⁷ 2019-316 FL557, Folios 35 a 38.



INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP enjuiciadas¹⁸ y, (ii) expediente administrativo de la demandante, allegado por COLPENSIONES¹⁹. También, se recibió el interrogatorio de parte de Ruby Consuelo Barrero Ramírez²⁰.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 28 de julio de 1994²¹, se lee:

¹⁸ 2019-316 FL557, Folios 24 a 25, 215 a 295, 321 a 401 y, 470 a 550.

¹⁹ Carpetas EXP ADMINISTRATIVO y HL.

²⁰ Audiencia 19 de febrero de 2021, Minuto 00:23:00. Ruby Consuelo Barrero Ramírez, Abogada. Dijo que después de estar en CAJANAL, se afilió a PORVENIR, no recuerda haberse afiliado a COLFONDOS, se cambió porque le dijeron que al acabarse CAJANAL, debería escoger un fondo privado para afiliarse, no recibió asesoría alguna; no tiene presente la motivación para el traslado horizontal “... de pronto le daban a uno un beneficio o, que podía hacer un aporte o algo y, eso lo motivaba a uno a pensar que lo podía hacer...”, se trasladó a otro fondo privado porque le dijeron que el fondo en el que estaba se acabaría; siempre le indicaron que las AFP era lo mismo que estar en CAJANAL, posteriormente conoció desventajas como que no tendría una pensión justa. Laboró en el Centro de Servicios de Ejecución de Penas de la Rama Judicial; nunca estuvo afiliada al Seguro Social; regularmente recibía extractos de su cuenta individual de ahorro; no se acercó a COLPENSIONES a afiliarse; su motivación para trasladarse de régimen es obtener una pensión justa; se graduó como Abogada en 1988. No recuerda cuál fue el primer fondo para el que solicitó traslado, lo hizo de manera libre y voluntaria.

²¹ 2019-316 FL557, Folio 45.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00316 01
Ord. Ruby Barrero Vs. COLPENSIONES y otros

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLFONDOS S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²²; resaltando además, que “...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...**”²³.

Es que, recaía en COLFONDOS S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando

²² CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²³ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas



del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁴.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Ruby Consuelo Barrero Ramírez, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su

²⁴ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁵, en este sentido, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo la apelación interpuesta por COLPENSIONES.

Y si bien, PORVENIR S.A. - antes AFP HORIZONTE - en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna. En este tema también se adicionará la decisión del *a quo*, atendiendo la apelación de COLPENSIONES y el grado de consulta a su favor.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se adicionará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo

²⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁶, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Cabe precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, COLFONDOS S.A. tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

²⁶ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



Ahora, con arreglo a los artículos 4 del Decreto 692 de 1994²⁷ y, 8 del Decreto Ley 407 de 1994²⁸, así como a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia²⁹, los servidores públicos que a 31 de marzo de 1994 se encontraran vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo perteneciente al sector público, podían mantenerse en ese estado hasta cuando se ordenara la liquidación de la entidad, en este sentido, como la demandante prestaba servicios a la Rama Judicial del Poder Público, a través de la que efectuaba aportes a pensión a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL, entidad liquidada³⁰ y, atendiendo la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, se debe ordenar su retorno al RPM, actualmente administrado por COLPENSIONES, que impone confirmar la decisión apelada y consultada en este aspecto.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³¹.

²⁷ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

²⁸ Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

²⁹ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 1367 de 07 de abril de 2021, Rad. 85257.

³⁰ Decreto 2196 de 2009.

³¹ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³², por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del

³² CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*³³.

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁴.

En el *examine*, aunque a COLPENSIONES se le ordenó recibir los dineros remitidos por las AFP y, actualizar la historia laboral de la accionante, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la demandante, acto jurídico en que la Administradora del RPM no actuó, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo que dicha condena fue objeto de reproche en la apelación por esta Administradora, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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

³³ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00316 01
Ord. Ruby Barrero Vs. COLPENSIONES y otros

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada, para además de lo dispuesto por el *a quo*, **ORDENAR** a COLPENSIONES recibir los dineros que le sean remitidos por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y, actualizar la historia laboral de Ruby Consuelo Barrero Ramírez, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral tercero del fallo consultada y censurado, para **ORDENAR** a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento y, con cargo a sus propias utilidades, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados a la demandante, debidamente indexados, conforme a lo expresado en precedencia.

TERCERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la decisión consultada y apelada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, con arreglo a lo explicado en las motivaciones del fallo.

CUARTO.- CONFIRMAR el fallo de primer grado. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

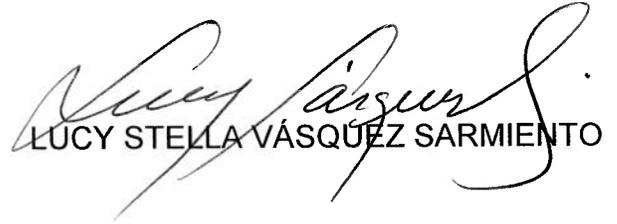

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 020 2019 00316 01
Ord. Ruby Barrero Vs. COLPENSIONES y otros


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo dato por el


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA ELISA MONCALEANO BOTERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora, respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 28 de septiembre



de 2021, proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su vinculación al RAIS, efectuada el 01 de marzo de 2001, a través de PROTECCIÓN S.A., siendo válida únicamente su afiliación al Instituto de Seguro Social ISS, en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES el monto total de aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 01 de diciembre de 1951, por ende, contaba con más de 35 años de edad a 01 de abril de 1994; laboró para entidades del sector público y privado de 01 de septiembre de 1973 a 31 de agosto de 2007, acumulando 1151 semanas de cotización; el 01 de marzo de 2001, firmó formulario de traslado a PROTECCIÓN S.A., con apoyo de la promotora Madelen Castro, sin recibir información acerca de las condiciones, diferencias, requisitos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco le entregaron el reglamento de funcionamiento de la AFP; el 19 de septiembre de 2003, se cambió a COLFONDOS S.A.; radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la recepción de sus aportes, rechazada mediante escrito de 16 de agosto de 2019; el siguiente día 15, petitionó a PROTECCIÓN



S.A. y a COLFONDOS S.A. la nulidad de su afiliación y, el traslado de aportes al RPM, respectivamente, pedimento negado por las AFP¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió la calenda de nacimiento de la actora y, la solicitud de traslado de aportes al ISS. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, su buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez y ratificación de la afiliación al RAIS, prescripción, compensación y, pago².

COLPENSIONES presentó oposición a los pedimentos, frente a la fundamentación fáctica aceptó la *data* de nacimiento de la demandante y, el rechazo de la reclamación administrativa. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal y saneamiento de nulidad, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica³.

¹ Archivo 01, Folios 3 a 12.

² Carpeta 06 - MEMORIAL RADICADO 21 JULIO 2020, Archivo CONTESTACIÓN BTA DTE MARIA ELISA MONCALEANO BOTERO VS COLFONDOS BP Nulidad.

³ Carpeta 08 -CONTESTACIÓN COLPENSIONES, Archivo Contestación Juzgado 35-2020-067-MARIA ELISA MONCALEANO BOTEROv- Nulidad de afiliación.



PROTECCIÓN S.A. rechazó las pretensiones, frente a los hechos admitió las fechas de nacimiento de la accionante, de vinculación al RAIS y, de traslado a COLFONDOS S.A., así como el recibido de una solicitud de nulidad de la afiliación. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración y seguro previsional y, genérica⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado por María Elisa Moncaleano Botero al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, ordenó a COLFONDOS S.A. transferir a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, con sus rendimientos, asimismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. pagar de su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por gastos de administración, conforme al tiempo que estuvo vinculada en cada fondo; COLPENSIONES debe afiliar nuevamente a la accionante al RPM y, recibir todos los aportes efectuados a COLFONDOS S.A.; impuso costas a PROTECCIÓN S.A.⁵.

RECURSOS DE APELACIÓN

⁴ Archivo 07.

⁵ Archivos 21 y 22, Audio y Acta de Audiencia.



Inconformes con la decisión anterior, COLPENSIONES y, PROTECCIÓN S.A. interpusieron sendos recursos de apelación⁶.

COLPENSIONES en resumen expuso, que la seguridad social es un derecho autónomo contenido en la Ley 100 de 1993 y, sus decretos reglamentarios, que regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional y, las sanciones en caso de infracción a la libertad de elección, por ende, la ineficacia de vinculación por falta de información se debe sujetar a lo dispuesto por el artículo 271 de la citada ley, más cuando en este caso no se cumplieron los presupuestos procesales para la declaratoria de dicha ineficacia, asimismo, cualquier daño generado a la demandante por las AFP, debe ser resarcido en los términos del Decreto 720 de 1994, pues, esa Administradora fue ajena al traslado al RAIS; de otro lado, la decisión censurada contribuye a la descapitalización del sistema pensional, como lo indicó la Corte Constitucional en Sentencias C - 1024 de 2004, SU - 062 de 2010 y, SU - 130 de 2013, pues, nadie puede ser subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los demás afiliados al RPM, a su vez, los traslados horizontales constituyen actos de relacionamiento que corroboran la conformidad de la afiliada en pertenecer al RAIS, sin que ejerciera el derecho a la libre elección de régimen para retornar al RPM. En caso que se confirme la determinación del *a quo*, se le debe autorizar para obtener, mediante las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se causen al asumir la obligación pensional de la accionante.

⁶ Archivo 21, Audio de Audiencia.



PROTECCIÓN S.A. en suma arguyó, que se debe revocar parcialmente la decisión de primer grado, en tanto, desconoció que el legislador facultó a las AFP a descontar gastos de administración, por ende, su falta de devolución no generaría descapitalización de los dineros para financiar la prestación económica de vejez de la convocante, pues, dicho descuento está permitido en ambos regímenes pensionales como compensación o contribución por la administración de recursos. Adicionalmente, es incongruente habilitar el retorno de la actora al RPM a través de una ficción que desechó los efectos jurídicos de los actos contratados entre las partes, manteniendo el beneficio de los rendimientos que se derivaron de los aportes a pensión efectuados, empero, guardando silencio frente a los efectos taxativos de la ineficacia declarada, en los términos del 1746 del CC.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María Elisa Moncaleano Botero estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 01 de septiembre de 1973 a 31 de mayo de 2001, aportando 400.57 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a través de diferentes empleadores, asimismo, de 20 de abril de 1981 a 15 de octubre de 1985 cotizó a CAJANAL por servicios prestados a la Gobernación de Bolívar; el 01 de marzo de 2001 solicitó su traslado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de mayo siguiente y, el 19 de septiembre de 2003 se cambió a COLFONDOS S.A. con efectividad desde 01 de noviembre de esa anualidad; situaciones fácticas que se



inferen de los formularios de vinculación a las AFP enjuiciadas⁷, el reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁸, el reporte de estado de cuenta expedido por COLFONDOS S.A.⁹, los certificados de información laboral, salarios base y de mes a mes elaborados por la Gobernación de Bolívar¹⁰, la constancia de traslado de aportes y, el reporte de estado de cuenta emitidos por PROTECCIÓN S.A.¹¹, así como el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹².

Moncaleano Botero nació el 01 de diciembre de 1951, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 15 de agosto de 2019 la demandante solicitó a COLFONDOS S.A. dejar sin efectos la afiliación a esa AFP y, trasladar sus aportes a COLPENSIONES¹⁴, recibiendo respuesta negativa el 04 de septiembre siguiente, pues, no era procedente ni viable, ya que, con el formulario de vinculación se soporta el cumplimiento del trámite legal para la validez del cambio de régimen¹⁵.

El 15 de agosto de 2019 la actora petitionó a PROTECCIÓN S.A. dejar sin efectos su vinculación a esa AFP¹⁶, pedimento negado el siguiente

⁷ Archivo 01, Folios 22 a 23, Carpeta 06, Archivo FORMULARIO AFILIACION y, Archivo 07, Folios 28 a 29 y 31.

⁸ Archivo 01, Folio 24, Carpeta 08, Subcarpeta CC-31232014, Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1767-20200714091007.

⁹ Archivo 01, Folios 25 a 29, Carpeta 06, Archivo HISTORIA LABORAL (1).

¹⁰ Archivo 01, Folios 35 a 38.

¹¹ Archivo 07, Folios 21 a 25.

¹² Archivo 07, Folios 26 a 27.

¹³ Archivo 01, Folio 13.

¹⁴ Archivo 01, Folios 41 a 43.

¹⁵ Archivo 01, Folios 54 a 56.

¹⁶ Archivo 01, Folios 44 a 46.



día 22, por imposibilidad, pues, se había cambiado de Administradora, tampoco contaba con aportes vigentes¹⁷.

El 16 de agosto de 2019, la convocante reclamó a COLPENSIONES tener como única afiliación válida la del RPM, además, le otorgara la pensión de vejez con intereses moratorios¹⁸, solicitud negada mediante comunicación de igual *data*, por improcedente, pues, no se encontraba afiliada a esa Administradora¹⁹.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a decidir el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera

¹⁷ Archivo 01, Folio 53.

¹⁸ Archivo 01, Folios 47 a 51.

¹⁹ Archivo 01, Folio 52.



de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP convocadas a juicio²⁰, (ii) certificaciones laborales expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario y, la Gobernación del Bolívar²¹, (iii) políticas asesorar para vincular personas naturales²², (iv) concepto N° 2015123910 - 002 de 29 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia²³ y, (v) comunicados de prensa²⁴. También se recibió el interrogatorio de parte de María Elisa Moncaleano Botero²⁵.

En el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 01 de marzo de 2001, se lee²⁶:

“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”

²⁰ Archivo 01, Folios 14 a 19, Carpeta 06, Archivo Cámara de Comercio Mayo 2020 (1), Archivo 07, Folios 42 a 44 y, Archivo 14.

²¹ Archivo 01, Folios 33 a 34 y, 39 a 40.

²² Archivo 07, Folios 32 a 36.

²³ Archivo 07, Folios 37 a 38.

²⁴ Archivo 07, Folios 39 a 41.

²⁵ Archivo 21, Minuto 00:18:00. María Elisa Moncaleano Botero, Traductora Simultánea. Dijo que en 2001 se trasladó del RPM al RAIS, llevaba cotizando cerca de 20 años, actualmente sabe que cuenta con el número de semanas que se requieren; cuando cambio de régimen se encontraba trabajando en una empresa en que le anunciaron que vendría un representante con el que se reunió, le brindó una explicación general sobre la existencia de los fondos privados y, que podía trasladarse a estos, por lo que, le pareció una opción interesante; la motivó a trasladarse la difícil situación que atravesaba el Seguro Social; se trasladó a COLFONDOS porque era la AFP que tenía relación con CITIBANK, entidad de la que siempre recibió un buen servicio bancario, en ese momento no valoró retornar al ISS.

²⁶ Archivo 01, Folio 22, Carpeta 06 - MEMORIAL RADICADO 21 JULIO 2020, Archivo FORMULARIO AFILIACION, Archivo 07, Folios 28 a 29.



Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁷; destacando además, que “... *el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada*”²⁸.

Es que, recaía en PROTECCIÓN S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía

²⁷ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁸ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación jubilatoria dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales, que sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos pre impresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también



la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁹.

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrino que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibidem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho de la trabajadora a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien la accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, ésta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de María Elisa Moncaleano Botero, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía

²⁹ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en este sentido, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se estudia a favor de COLPENSIONES.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver los valores cobrados por administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna, en este sentido, se adicionará la decisión de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante, en consecuencia, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



pensión³¹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, que en todo caso no eximía a PROTECCIÓN S.A., de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

³¹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³².

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter

³² CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³³, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*³⁴.

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada en este aspecto. Sin costas en la instancia.

³³ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 035 2020 00067 01
Ord. María Moncaleano Vs. Colpensiones y otros

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

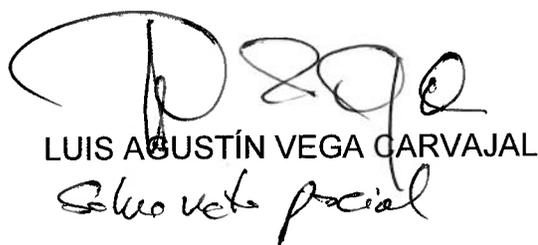
RESUELVE

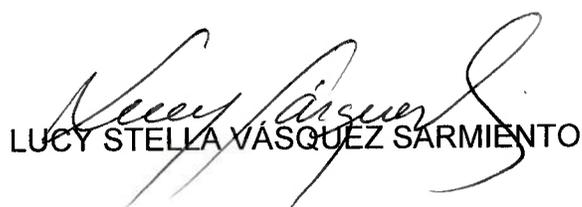
PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y, a COLFONDOS S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de Moncaleano Botero por los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima que le fueron descontados, debidamente indexados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la decisión consultada y apelada en lo demás. Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE NIDIA ROCÍO SOTELO
SUÁREZ CONTRA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 02 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00195 01
Ord. Nidia Sotelo Vs. POSITIVA S.A.

La actora demandó la terminación ilegal de su contrato de trabajo por ser un acto discriminatorio, en consecuencia, se ordene su reintegro a un cargo de la misma o superior jerarquía, en iguales o mejores condiciones, con pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, causados entre las fechas de despido y de reintegro, reparación de daños y perjuicios morales y materiales, aportes a seguridad social, costas, ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que mediante Resolución N° 1293 de 11 de agosto de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia, se aprobó la cesión de activos, pasivos y contratos de la Administradora de Riesgos Profesionales del Instituto de Seguros Sociales a La Previsora Vida S.A. Compañía de Seguros; a partir de 01 de septiembre de 2008, comenzó a operar Positiva Compañía de Seguros S.A., Empresa Social y Comercial del Estado, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vigilada por la SUPERFINANCIERA, cuyo objeto social, entre otros, fue la operación de seguros de vida individual y afines en desarrollo de la Ley 100 de 1993, decretos reglamentarios y demás normas que los modificaron o adicionaron. De 02 de enero a “16 de julio de 2012”, estuvo vinculada como trabajadora oficial de la enjuiciada, en el cargo de Coordinadora Grado 09; a partir de “12 de julio de 2012” y hasta 07 de noviembre de 2016, se desempeñó como Profesional Especializado Grado 11 - Coordinador de P y P -, devengando \$6'364.999.00 como último salario mensual; previo a su vinculación, participó en un concurso de acuerdo a los procedimientos de la demandada, demostrando su alta capacidad y competencia; durante las evaluaciones de desempeño de 2012 a 2016, fue reconocida por su gestión, tanto, que en 2015 ganó el premio Innovación Positiva; fungió como Delegada del área de Promoción y Prevención, participando en los

¹ Folio 99.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00195 01
Ord. Nidia Sotelo Vs. POSITIVA S.A.

espacios de definición de planeación estratégica; *“nunca negó su filiación política a la izquierda colombiana, así como su relación permanente con organizaciones sindicales”*, por ello, fue estigmatizada y calificada como conflictiva y revolucionaria, además, se le negó acceso a algunos espacios de participación, situación que se agravó en marzo de 2015, durante la negociación del pacto colectivo, ya que, al ser delegada como negociadora por los trabajadores oficiales de la Regional Centro, fue enviada por su jefe, Hugo Vásquez Niño, a una comisión inexistente en Neiva, para que no participara en el proceso, sin embargo, ante la intervención de los trabajadores oficiales se permitió su participación, *“Eran evidentes las manifestaciones de descontento de la Gerente de Recursos Humanos TATIANA URRUTIA por la participación... en dicho proceso de negociación”*; posteriormente, se inició el estudio de cargas laborales para efectuar una reestructuración a la planta de personal, que se demostró estaba mal diseñado, pues, no incluía la mayoría de procesos y procedimientos de las áreas en niveles regionales y sucursales; el resultado del estudio no fue socializado, ni la forma en que se ajustaría la planta de personal; en varias oportunidades, Hugo Vásquez Niño y Álvaro Vélez Millán, le insinuaron que abandonara el cargo. En septiembre de 2016, la Vicepresidencia de Promoción y Prevención cambió el proveedor de profesionales de salud y seguridad en el trabajo, por ende, en ejercicio de sus funciones efectuó un análisis que evidenció que dicho cambio podría generar problemas financieros, técnicos y operativos debido a la variación de tarifas y perfiles, así como un sobre costo de \$146'605.800.00. El 04 de noviembre de 2016, fue citada a una reunión con el Gerente de Administración del Riesgo, a la que también acudió la Gerente de Recursos Humanos, Tatiana Urrutia, quien le presentó carta de finalización del contrato sin justa causa, sustentada en la reestructuración de la compañía y, la supresión de su cargo, recibiendo el pago de la liquidación y la indemnización, previa entrega de paz y salvo de sus funciones, empero, las actividades fueron asumidas por el Líder



Coordinador Sucursal Tipo A; al momento del despido no se tuvo en cuenta su condición de madre cabeza de familia, además, los restantes trabajadores de la Regional Centro fueron reasignados².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Positiva Compañía de Seguros S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó su naturaleza jurídica, la fecha de inicio de operaciones, su objeto social, la vinculación contractual laboral de la demandante, los extremos inicial y final de nexos, el último salario devengado, la calidad de trabajadora oficial, los cargos, la participación en un concurso, el estudio de cargas laborales, la reestructuración de la compañía y, la entrega de un paz y salvo. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, carencia total de objeto, su buena fe, cobro de lo no debido, compensación y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a Positiva Compañía de Seguros S.A. de todas y cada una de las pretensiones de Nidia Rocío Sotelo Suárez, se relevó del análisis de los medios exceptivos propuestos e, impuso costas a la actora⁴.

² Folios 94 a 99.

³ Folios 152 a 165.

⁴ Folios 195 a 196, Audio y Acta de Audiencia.



RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la convocante a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que tratándose de situaciones discriminatorias en que no existe prueba contundente o directa de la situación de discriminación, hay que usar otras inferencias lógicas que omitió el *a quo*, por ejemplo, los indicios que permiten concluir que durante su vinculación laboral jamás hubo censura a su desempeño, por el contrario, permanentemente fue reconocida su excelente labor como Coordinadora de Prevención y Promoción – P y P - de la Regional Centro de la ARL Positiva, es decir, jamás existieron problemas antes de la dificultad laboral presentada con el empleador por el cambio de proveedor de servicios profesionales de seguridad y salud en el trabajo para las empresas afiliadas, luego, las dificultades a nivel financiero, técnico y operativo se presentaron, porque, no se hizo un debido análisis de la variación de tarifas y perfiles; de otro lado, a partir de su participación en el proceso de negociación del pacto colectivo para trabajadores oficiales en marzo de 2015, a través de las Gerencias de Recursos Humanos y, Regional se evidenciaron conductas discriminatorias, ya que, no era admitida como antes, en ese sentido, la reestructuración que se adelantó tuvo deficiencias o falencias sobre la forma de definición del cargo, pues, pasó de ser Coordinadora de P y P a Coordinadora de Sucursal, aunque no debía continuar en el ejercicio de ese nuevo cargo, debido a su desempeño, compromiso y nivel demostrado, acreditándose un acto de discriminación subjetiva, sentido en el que se dirigió la causa *petendi*, no en demostrar la existencia de un fuero de estabilidad laboral por su condición de madre cabeza de hogar, que en todo caso se acreditó, como quiera que tiene dos hijas, una de ellas menor de edad al momento de presentación de



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00195 01
Ord. Nidia Sotelo Vs. POSITIVA S.A.

la demanda, situación que era conocida por la enjuiciada, adicionalmente el Convenio 111 de la OIT prohíbe los tratos discriminatorios, así como que la participación en negociaciones colectivas sea fuera suficiente para terminar la relación de trabajo. Por ultimo, el juzgador de primer grado no apreció correctamente el testimonio de Adriana Rincones, quien afirmó que conoció manifestaciones de incomodidad por sus jefes⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Nidia Rocío Sotelo Suárez laboró para Positiva Compañía de Seguros S.A., mediante contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 02 de enero de 2012 a 06 de noviembre de 2016, siendo su último cargo Profesional Especializado Grado 11 - Coordinador Promoción y Prevención P y P - Gerencia Regional Centro 1 - Bogotá, vínculo que la empleadora terminó en forma unilateral y sin justa causa con el pago de la indemnización correspondiente, aludiendo a la expedición de los Decretos 1678 y 1679 de 21 de octubre de 2016 que modificaron la estructura de Positiva Compañía de Seguros y, la Planta de personal, respectivamente, con el consecuente ajuste al interior de la organización; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo⁶, el certificado de aportes al sistema de riesgos laborales y sus anexos⁷, la certificación laboral de 25 de mayo de 2017⁸, la carta de despido⁹, la Resolución N° 2242 de 11 de noviembre de 2016¹⁰, el acta

⁵ Folio 195, Audio de Audiencia.

⁶ Folios 91 a 92 y, CD Folio 151, Archivo DOCUMENTOS ROCIO SOTELO..

⁷ CD Folio 151, Archivos 46.677.076, 46677076 PMU, 46677076 y, AFILIACIÓN (00000002).

⁸ Folios 89 a 90.

⁹ Folio 9.

¹⁰ Folios 10 a 12, "Por la cual se liquida y ordena el pago de las prestaciones sociales a la señora nidia Rocío Sotelo Suárez".



de entrega de cargo suscrita por la actora el 09 de noviembre de 2016¹¹ y, la respuesta al *libelo incoatorio*¹².

Sotelo Suárez es progenitora de Ana María y Sofía Murcia Sotelo, quienes nacieron los días 18 de diciembre de 1995 y 10 de abril de 2001, respectivamente, como dan cuenta sus registros civiles de nacimiento¹³.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y, en las alegaciones recibidas.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Con arreglo al artículo 42 del Decreto 2127 de 1945¹⁴, todo contrato de trabajo será revisable cuandoquiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, asimismo, en los términos del artículo 47 *ejusdem*, el contrato de trabajo termina "...a) Por expiración del plazo pactado o presuntivo; b) Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor; c) Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio; d) Por mutuo consentimiento; e) Por muerte del asalariado; f) Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3º del artículo 44, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de

¹¹ Folios 79 a 83.

¹² Folios 152 a 165, respuesta a los hechos 1 a 13.

¹³ Folios 84 y 85.

¹⁴ Por el cual se reglamenta la Ley 6ª de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00195 01
Ord. Nidia Sotelo Vs. POSITIVA S.A.

contratos a término fijo; g) Por decisión unilateral, en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50; h) Por sentencia de autoridad competente...”.

Y, en punto al tema de la diferencia entre el despido ilegal y el injusto, la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que el primero corresponde a aquel prohibido por la ley o que se realiza sin el cumplimiento de los requisitos establecidos, al paso que el segundo, es el que no se fundamenta en una de las justas causas establecidas por el ordenamiento legal, convencional o contractual¹⁵.

En el asunto, surge evidente que Positiva Compañía de Seguros S.A. terminó el contrato de trabajo de Nidia Rocío Sotelo Suárez por decisión unilateral e injusta, dada la modificación de la estructura de la entidad y el consecuente ajuste al interior, con fundamento a lo establecido en el “*artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 en concordancia con la cláusula novena del pacto colectivo de trabajo, en el artículo 64 del CST y en las normas que lo han modificado*” y, con el pago de la indemnización legal prevista equivalente a \$22'689.100.00, según da cuenta la Resolución 2242 de 11 de noviembre de 2016¹⁶, en este orden, no es dable afirmar que existió el despido ilegal alegado por la censura, en tanto, no se acreditó que para la *data* de desvinculación - 06 de noviembre de 2016 -, la demandante se encontrara en alguna situación especial para ser sujeto de estabilidad laboral reforzada.

Con todo, atendiendo la obligación del juez como director del proceso para acoger las medidas necesarias que garanticen el respeto de los

¹⁵ CSJ, Sala Laboral, Sentencia con radicado 33758 de 17 de febrero de 2009, reiterada en decisión 38182 de 17 de mayo de 2011.

¹⁶ Folios 10 a 12.



derechos fundamentales de las partes¹⁷, que en el *examine* se traducen en la presunta terminación del contrato de trabajo de la accionante con ocasión de una supuesta discriminación de que fue objeto por su postura política, se analizará si esa fue la razón de su despido.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha explicado que el artículo 13 Superior prohíbe la discriminación, el trato diferente y perjudicial que se da a una persona con fundamento en categorías como la raza, el género, las ideas políticas o la religión, entre otras, precisando que en el caso de las mujeres, éstas como grupo han sido históricamente discriminadas por razón de su sexo y género, en todas las esferas sociales, - económica, política, laboral y educativa - por ello, existen diversos instrumentos internacionales¹⁸ y nacionales que establecen diferentes protecciones en cada uno de esos ámbitos, reconociendo que cualquier tipo de violencia contra la mujer es una forma de discriminación aunque no se limite a ella¹⁹. Adicionalmente, la Corporación en cita explicó, que el Convenio 111 de 1958 de la OIT, prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación por razones de sexo²⁰.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada²¹; (ii) Decretos N° 1678 y N° 1679 de 21 de octubre de 2016,

¹⁷ Artículo 48 del CPTSS.

¹⁸ *Cfr.* Por ejemplo, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW (1981); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993) y; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Todos estos emanados de diversas dependencias de la Organización de Naciones Unidas (ONU). En el marco del Sistema Interamericano, la Organización de Estados Americanos (OEA), en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" (1995).

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-239 de 26 de junio de 2018.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-005 de 18 de enero de 2017.

²¹ Folios 4 a 8 y, 144 a 145.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00195 01
Ord. Nidia Sotelo Vs. POSITIVA S.A.

expedidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público²²; (iii) evaluaciones anuales efectuadas de 2012 a 2015 al cargo de Profesional Especializado Grado 11²³; (iv) cruce de correos entre la actora y personal de la entidad demandada²⁴; (v) registro de asistencia y, acta de reunión de 05 de agosto de 2015, con tema “*Retroalimentación proceso de medición tiempos y movimientos Regional Centro y Sucursal Cundinamarca*”²⁵; (vi) formato de acuerdos de niveles de servicios para proveedores²⁶; (vii) lineamientos de atención empresas planes regulares 2016²⁷; (viii) proceso de optimización de recursos de promoción y prevención²⁸ y; (ix) hoja de vida de la accionante aportada por la convocada a juicio²⁹.

Se recibió el interrogatorio de parte de Nidia Rocío Sotelo Suárez³⁰, así como el testimonio de Adriana Paola Rincones Ortiz (Tachada de sospecha por la demandada)³¹.

²² Folios 13 a 23 y 24 a 25, “*Por el cual se modifica la estructura de Positiva Compañía de Seguros S.A.*” y, “*Por el cual se modifica la estructura de Positiva Compañía de Seguros S.A.*”, respectivamente.

²³ Folios 26 a 31, 32 a 34, 35 a 40 y, 93.

²⁴ Folios 41, 53 a 54, 61 a 69, 74 a 78 y, 86.

²⁵ Folios 42 y 43 a 52.

²⁶ Folios 55 a 60.

²⁷ Folios 70 a 73.

²⁸ Folios 87 a 88.

²⁹ CD Folio 166.

³⁰ CD Folio 191, Min. 00:05:55. Nidia Rocío Sotelo Suárez, Fisioterapeuta. Dijo que trabaja en Axxa Colpatria, en el cargo de Líder Técnica, desde hace 3 o 2 años y medio, devengando un salario integral, la negociación del pacto colectivo se hizo en el primer trimestre de 2015, su contrato fue finalizado el 04 de noviembre de 2016, para ese momento estaba “*en uso*” el nuevo pacto colectivo, ya se había cerrado la firma, en ese momento era Coordinadora de Promoción y Prevención Regional Centro; en la terminación del contrato se indicó que era por la desaparición del cargo en la nueva planta reestructurada de POSITIVA, ello por un decreto previo, tuvo oportunidad de revisar el decreto cuando fue publicado; el cargo que ostentaba se fusionó con otro cargo que estaba en Bogotá, es decir, sus funciones no desaparecieron, sino que fueron incorporadas al cargo de Coordinador de Promoción y Prevención Bogotá.

³¹ CD Folio 191, Min. 00:14:30. Adriana Paola Rincones Ortiz, Terapeuta Ocupacional. Depuso que trabajó para Positiva Compañía de Seguros S.A. en dos oportunidades, de 2008 a 2010 y, de 2012 a 2017, a su despido se desempeñaba como Coordinadora Regional Oriente de Promoción y Prevención, fue compañera de trabajo de la demandante, ella fue Coordinadora de la Regional Centro, estuvieron juntas en todas las actividades técnicas de desempeño de promoción y prevención para la Vicepresidente; le consta que el despido de la actora fue sin justa causa, eso fue debido a su afinidad política, presenció conversaciones al respecto, la accionante fue una de las primeras que despidieron sin justa causa, luego despidieron a la Coordinadora Regional Occidente y, luego fue despedida; no conoció los motivos exactos del despido, solo que se hizo una reestructuración a la compañía, les dijeron que iban a suprimir o cambiar algunos cargos, sin embargo, en realidad buscaban formas para hacerlas sentir incompetentes, en su caso la despidieron para que entrara otra persona con la filiación política de la regional. La actora desempeñó con excelencia el cargo de Coordinadora de Promoción y Prevención de la Regional Centro de la ARL POSITIVA, tuvo acceso a los instrumentos o herramientas de evaluación de la actora; los jefes de la actora decían que ella era una revolucionaria y hacía parte del partido político Polo Democrático, por ejemplo, Gloria Morgan, Gerente de Investigación y Control del Riesgo, luego Vicepresidente de Promoción y Prevención; Tatiana Urrutia y Hugo Vásquez Niño eran la Gerente de Talento Humano y el Gerente Regional Centro, respectivamente; la demandante hizo un análisis técnico de los riesgos operativos en los que se podía incurrir con el cambio de contratación, así como que se afectaría la calidad de la prestación del servicio, sin embargo, los Gerentes y Vicepresidentes de la ARL POSITIVA hicieron caso omiso, continuando con el plan de cambiar proveedor de servicios profesionales; trabajó en POSITIVA hasta 17 de enero de 2017, hasta ese momento las funciones desempeñadas por los Coordinadores de PYP no tuvieron modificación. Su contrato también terminó por su filiación política.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00195 01
Ord. Nidia Sotelo Vs. POSITIVA S.A.

Cabe precisar, que el testimonio de Adriana Paola Rincones Ortiz no ofrece a la Sala credibilidad, ya que, aunque aseveró que la actora fue víctima de discriminación por su “afinidad política” y, que presenció conversaciones relacionadas con ello, también afirmó que desconocía los motivos del despido, excepto que se hizo una reestructuración a la compañía, por ende, se suprimirían o cambiarían unos cargos, asimismo, adujo que en su caso también fue despedida por la “afinidad política”.

Pues bien, los medios de persuasión reseñados en precedencia, valorados en conjunto y, atendiendo la inversión de la carga de la prueba para casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, en los términos de la Sentencia T - 314 de 04 de mayo de 2011, de la Corte Constitucional³², no se evidencia discriminación de Positiva Compañía de Seguros S.A. respecto de Nidia Rocío Sotelo Suárez, con motivo de su posición o pensamiento político, por el contrario, se acreditó que el 21 de octubre de 2016 se modificó la estructura y planta de personal de aquella³³, que generó la supresión de 27 cargos³⁴, la creación de 9³⁵ y, la fijación de la planta de empleados públicos, así como del número de trabajadores oficiales - 693 -, como

³² Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 04 de mayo de 2011, “Para la Sala no es ajeno que en muchas ocasiones los actos discriminatorios son de difícil o compleja prueba. En virtud de ello la jurisprudencia ha señalado que en casos de discriminación la carga de la prueba se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad. Lo anterior encuentra sustento en la naturaleza misma del acto sospechoso y en la necesidad de proteger a las personas o colectividades señaladas anteriormente. Es claro que ante la complicada pero no imposible prueba de los actos discriminatorios, es la persona de quien se alega la ejecución del acto discriminatorio la que debe desvirtuar la presunción de discriminación. Aunque lo anterior no riñe con que la persona afectada aporte las pruebas en el evento que pueda hacerlo. Así, el sujeto pasivo de la discriminación deberá demostrar (i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo. Es muy importante subrayar que el juez constitucional tiene la obligación de valorar con especial detenimiento el acervo probatorio que obra en el expediente para establecer si la tutela de los derechos es procedente como mecanismo para que la igualdad sea real y efectiva respecto de personas o grupos discriminados. En cumplimiento de tal propósito, al operador judicial le asiste la responsabilidad de dilucidar la existencia o no de la discriminación desplegando las herramientas posibles para ello, por supuesto dentro supuestos razonablemente posibles y en armonía con el ordenamiento jurídico”.

³³ Folios 13 a 23 y 24 a 25.

³⁴ 2 Vicepresidentes, 7 Gerentes de Área, 6 Gerentes Regionales, 6 Gerentes de Sucursal Tipo A, 1 Gerente de Sucursal Tipo B y, 5 Gerentes de Sucursal Tipo C.

³⁵ 1 Asesor, 2 Jefes de Oficina, 5 Gerentes de Sucursal Tipo A Coordinadora y, 1 Gerente de Área.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00195 01
Ord. Nidia Sotelo Vs. POSITIVA S.A.

lo confesó la actora en su interrogatorio de parte al manifestar que su vinculación contractual laboral terminó por desaparición de su cargo en la planta reestructurada de la entidad demandada y, al narrar que su cargo se fusionó con el de Coordinador de Promoción y Prevención Bogotá, situaciones que permiten concluir que Positiva S.A. desvirtuó la presunción de discriminación alegada.

En adición a lo anterior, desde su demanda Sotelo Suárez precisó que las actividades que desarrolló fueron asumidas por el Coordinador de Promoción y Prevención de la Regional Bogotá, siendo posteriormente creado el cargo de Líder Coordinador Sucursal Tipo A, que recogió ambos cargos. De lo expuesto se sigue, confirmar en este sentido la decisión censurada.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA PARA MADRES CABEZA DE FAMILIA

La Sala se remite a los términos del artículo 2 de la Ley 82 de 1993 - modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008 - sobre jefatura femenina de hogar³⁶, así como al alcance y sentido dados a ésta regla

³⁶ ARTÍCULO 2o. JEFATURA FEMENINA DE HOGAR. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

PARÁGRAFO. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.



jurídica por la Corte Suprema de Justicia, en cuyos términos dicha protección se extiende a la mujer cabeza de familia que demuestre tener a su cargo exclusivo hijos menores o personas incapaces o incapacitadas para trabajar, asumiendo su responsabilidad económica, social o afectiva, circunstancia que debe demostrar³⁷.

A su vez, la Corte Constitucional ha adoctrinado que además de tener a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar, para que una mujer sea considerada madre cabeza de familia, dicha responsabilidad debe ser permanente, que se presente ausencia constante o abandono del hogar por parte del padre, sustrayéndose del cumplimiento de sus obligaciones, aunque sea con motivo de una incapacidad física, sensorial, síquica o mental o la muerte y, que no exista un apoyo amplio y sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia³⁸.

En ese sentido, si bien el acervo probatorio acredita la calidad de madre de Sotelo Suárez respecto de Ana María y Sofia Murcia Sotelo y, que ésta última era menor de edad al momento de la finalización del contrato de trabajo - 06 de noviembre de 2016 – pues, nació el 10 de abril de 2001, no demuestra el cumplimiento de los demás presupuestos establecidos por la jurisprudencia, esto es, que alguna de las citadas hijas se encontrara inmersa en algún grado de discapacidad, ni que la actora asumiera con exclusividad su responsabilidad económica, social o afectiva, tampoco que tal compromiso fuera permanente, ante el

³⁷ CSJ, Sentencias con Radicados N° 75680 de 10 de febrero de 2021, N° 58131 de 21 de noviembre de 2018, N° 48634 de 20 de abril de 2016 y, N° 43118 de 12 de febrero de 2014.

³⁸ CC, Sentencias T-388 de 03 de septiembre de 2020 y, T-084 de 05 de marzo de 2018, entre otras.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 014 2018 00195 01
Ord. Nidia Sotelo Vs. POSITIVA S.A.

incumplimiento de ello por el progenitor y, menos que no contara con apoyo amplio y sustancial de los demás miembros de su familia; lo que impone confirmar en este tema la sentencia apelada. Sin costas en la instancia.

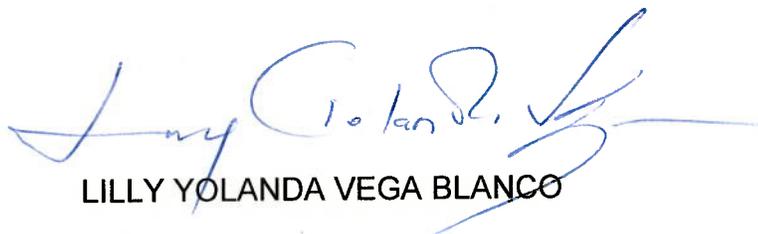
En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

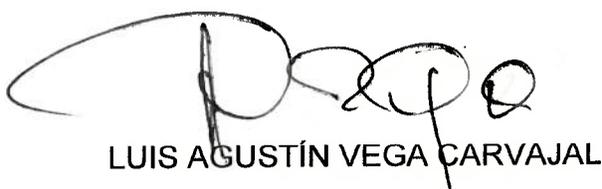
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO