

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA PATRICIA GONZÁLEZ CABRA
CONTRA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR. Rad. 2020 00070 01 Juz 02.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANA PATRICIA GONZÁLEZ CABRA demandó a COLPENSIONES y PORVENIR, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Ineficacia o nulidad del traslado del RPM al RAIS.
- Se restablezca su afiliación al RPM.
- Traslado de todos los aportes al RPM.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 1 de abril de 1966, se afilió al ISS el 6 de abril de 1988, el 15 de enero de 1998 se trasladó de régimen pensional, al suscribir el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR, no se le brindó la información suficiente y veraz en cuanto a las ventajas y desventajas de pertenecer a uno y otro régimen pensional, no se le explicó de las consecuencias

jurídicas de la decisión, por lo que esa falta de información suficiente y detallada respecto de las diferentes circunstancias que rodearon la afiliación permiten concluir la procedencia de la nulidad del traslado. Al ISS cotizó 275 semanas y al RAIS 946. En 21 de agosto de 2019 pidió a PORVENIR la ineficacia del traslado, y con COLPENSIONES agotó la reclamación administrativa el 22 de agosto de 2019.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES tal como se verifica en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al RPM, número de semanas cotizadas al ISS y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La AFP PORVENIR, contestó así:

- Se opuso a las pretensiones.
- No acepto ningún hecho.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Posteriormente, la demandante reformó la demanda en la que pidió a cargo de la AFP pago de perjuicios por las posibles diferencias que se lleguen a ocasionar en la mesada pensional que se llegue a reconocer en uno y otro régimen pensional, como quiera que la mesada en el RPM es superior a la que reconoce el RAIS.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 16 de agosto de 2021 de la presente anualidad mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

"PRIMERO. - DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora ANA PATRICIA GONZÁLEZ CABEZA, identificada con C.C. 49.736.482, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el día 15 DE ENERO DE 1998, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. – CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de demandante ANA PATRICIA GONZÁLEZ CABEZA, identificada con CC. 49.736.482, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO. – ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 6 de abril de 1988, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral. (...)”

Llegó a esa determinación al advertir en síntesis que la AFP demandada no cumplió con su deber probatorio en los términos expuestos por la SL CSJ y en ese norte accedió a declarar ineficaz el traslado que la actora hizo al RAIS en abril de 1998 con la AFF PORVENIR con las consecuencias que la Corte ya ha enseñado.

Recurso de apelación

La AFP PORVENIR apela la sentencia porque considera que sí cumplió con el deber de asesoría pertinente, dijo que conforme el art. 9 del C.C. nadie puede alegar a su favor la ignorancia de la ley como excusa. Alegó que el formulario que se allegó es autentico, contiene una declaración de la expresión libre y voluntaria del afiliado, no fue tachado de falso, ni desconocido y es prueba del cumplimiento del deber de información que se exigía para la época, en la que no se tenía la obligación de hacer proyecciones. La actora en su declaración permite concluir que su inconformidad esta con el monto de las posibles mesadas que se llegue a reconocer en uno y otro régimen. Alegó la capacidad de la demandante para celebrar el negocio jurídico. De otra parte, dijo que no puede devolver los gastos de administración, porque es un descuento con respaldo legal, la prima provisional tampoco porque son dineros que administro un tercero de buena fe, en ese orden, solo se puede devolver el capital y los rendimientos lo que trae consigo la prescripción de esos rubros. También indica que esa orden de devolver todos los dineros lo que va a hacer es generar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

COLPENSIONES, objeta lo relacionado con la carga de la prueba y las contracciones al Art. 167 del CGP, citó el art. 1509 del Código Civil y los vicios del consentimiento, que no fueron probados. Aunado a esto, considera que se debe revocar la condena en costas porque constituye un detrimento patrimonial, e indica que la actora al haber permanecido por más de 20 años en el RPM ratificó su intención de permanecer allí.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión de primera instancia.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. ratifican lo manifestado en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C.P.T. y S.S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si es dable ordenar el traslado de González Cabeza al RPM y las consecuencias que se derivan de esa decisión.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada ante COLPENSIONES el 21 de agosto de 2019, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se trasladó de régimen el 15 de enero de 1998 a la AFP PORVENIR, tal como se verifica del formato de afiliación allegado.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien, la actora el 15 de enero de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR, con el cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a

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

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

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

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

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

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

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

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

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se

sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

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

genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la AFP demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, ni mucho menos revisar si el afiliado contaba con alguna garantía o beneficio transicional o si se le causo un perjuicio con el cambio de régimen pensional, pues al margen de que alguna de estas situaciones exista, lo cierto es, que en este tipo de procesos lo que se valora es sí los fondos de pensiones lograron obtener de su afiliado un consentimiento informado, donde comprendió los alcances del cambio de régimen, sin que tampoco sea dable entender que con la sola firma del formulario y las afirmaciones allí consignadas, resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información que exige la

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

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

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

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

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

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

jurisprudencia de la SL CSJ para estos casos, debiendo recordarse que el deber de información por parte de las AFP desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Ahora, resulta oportuno recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, ya que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

Así las cosas, y en consonancia con lo enseñado en la pacífica y reitera jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al evidenciarse que la AFP no asumió las exigencias probatorias a cargo, en contraste con la normatividad vigente al momento del traslado e insistiéndose en que la obligación de informar en debida forma ha existido desde la creación del sistema de seguridad social, aunado a que no se demostró que a la actora le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, La Sala encuentra acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual efectuada el 15 de enero de 1998.

Consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional

Como quiera que la declaratoria de nulidad de la afiliación que la actora efectuó al RAIS, trae consigo la devolución de todos los dineros que se causaron por motivo de tal afiliación, los rendimientos de los aportes en su cuenta individual y los gastos de administración, conforme lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”*, se tiene que el fondo pensional del RAIS debe devolver a nombre de la actora al RPM los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones causadas y demás emolumentos existentes en virtud de su afiliación, en consecuencia, la orden de la juez de devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, se confirma, por estar en consonancia con lo explicado por la SL CSJ cuando procede la ineficacia de traslado pensional.

Prescripción de los dineros diferente a rendimientos y capital

Frente a esta prescripción, basta con recordar que la jurisprudencia de la Corte ya ha indicado que la orden de devolver todos estos dineros a COLPENSIONES es para que con ellos se financie las prestaciones a que tenga derecho el afiliado, por lo que al estar estos dineros a construir el capital que integra la mesada pensional, los

mismos no pueden ser objeto de prescripción, y en ese orden, tampoco se constituye ningún enriquecimiento sin causa, pues se insiste, estos dineros tienen una justificación y destinación específica.

Condena en costas a Colpensiones

Dice esta demandada que no se le pueden imponer costas porque le genera un detrimento patrimonial, y que en esa medida, no se le puede condenar por este concepto, sin embargo, olvida las reglas que define el art. 365 del CGP para que se imponga una condena de esta naturaleza, por lo que al estar acredita que en este juicio Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y salió vencida, La Sala encuentra procedente la imposición de esta condena.

Bajo los anteriores argumentos, se **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de la Alzada corren a cargo de cada una de las recurrentes (Colpensiones y AFP Porvenir). Se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (1.000.000) a cargo de cada apelante.

DECISIÓN

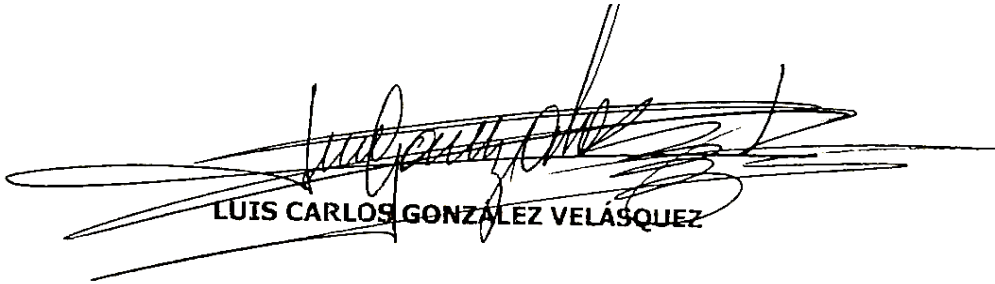
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de agosto de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. — Las de primera se confirman. Las de la Alzada corren a cargo de cada una de las recurrentes (Colpensiones y AFP Porvenir). Se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (1.000.000) a cargo de cada apelante.

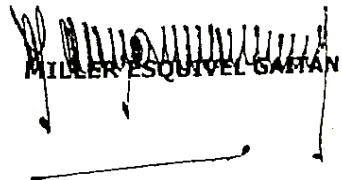
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL SARTÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ FRANCISCO JACOMO ÁNGEL
CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR. RAD. 2019 00818
01 JUZ 03.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOSÉ FRANCISCO JACOMO ÁNGEL demandó a **COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad del traslado al RAIS
- Pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES en aplicación del Acuerdo 049/90
- Pago de la diferencia de la mesada pensional a cargo de COLPENSIONES
- Intereses moratorios
- Devolución de la totalidad de aportes al RPM
- Afiliación del actor al RPM
- Actualización de la historia laboral en el RPM
- Uso de las facultades ultra y extra petita
- Costas

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 27 de abril de 1956, inició sus aportes al ISS desde el 06 de mayo de 1977. El 28 de abril de 1995 se trasladó al RAIS administrado en esa oportunidad por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN. El 05 de abril de 2002 se cambió de AFP (PORVENIR). Cuando se trasladó de régimen no se le brindó la información necesaria para comprender los alcances de su decisión, información que omitió la AFP PORVENIR cuando hizo el traslado de administradora. El 18 de febrero de 2013, la Dirección de beneficios pensionales de Porvenir SA le informó que se había probado la solicitud pensional por \$711.705 correspondiente a esa mesada para febrero de 2013. El 8 de abril de 2017 PORVENIR informa del pago de la pensión que será mediante la modalidad renta vitalicia. El 12 de septiembre de 2019 pidió a PORVENIR la nulidad de la afiliación, el 7 de noviembre de ese año elevó la misma pretensión a PROTECCIÓN, y el 9 de septiembre de 2019 a COLPENSIONES. PORVENIR en febrero de 2013 reconoció pensión de vejez y su mesada para el año 2019 ascendía a \$828.200. Considera que cumplía con los requisitos del régimen de transición y que su mesada se debió haber liquidado bajo los parámetros del Acuerdo 049/90.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad mediante, las llamadas a juicio contestaron como se indica a continuación:

La vinculada **SEGUROS DE VIDA ALFA SA** contestó en los siguientes términos:

- No se pronunció de ninguna pretensión porque ninguna va dirigida en su contra, se opuso a la condena en costas.
- Solo aceptó la fecha de nacimiento del actor. Dijo que tiene con PORVENIR contrato de seguro previsional, que JACOMO ÁNGEL es afiliado de esa AFP, que el 17 de mayo de 2017, se expidió la póliza No. 0091042 de renta de vitalicia de pensión de vejez en favor del demandante, y el pago de las mesadas se ha realizado desde esa época.
- Como excepciones de mérito propuso; falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación demandada, inexistencia del perjuicio alegado, buena fe, prescripción y genérica.

La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó en los siguientes términos:

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo acepto la fecha de nacimiento del demandante, el traslado de régimen y la solicitud de ineficacia.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros; ii) la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe.

En auto del 18 de febrero de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR**.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, los aportes al ISS, el traslado al RAIS, traslado de AFP, la aprobación de la solicitud de pensión en el RAIS, su pago, cuantía y agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión de vejez en aplicación del régimen de transición al estar el demandante pensionado en el RAIS por parte de la AFP PREVENIR, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de la afiliación, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 03 de marzo de 2022, en la cual dispuso absolver a las demandadas de cada una de las pretensiones incoadas. Llegó a esa determinación al advertir la calidad de pensionado del demandante, pues conforme la actual jurisprudencia de la SL CSJ, el traslado de régimen de quien ya tiene tal estatus es improcedente, sin importar que el fondo de pensiones no hubiese cumplido con su deber de información en aplicación de la inversión de la carga de la prueba.

Recurso de apelación

Demandante: pide se revise la decisión del A quo, considera que el reconocimiento pensional no puede subsanar los errores cometidos por la administradora. Dijo que la demanda se radicó en el año 2019 cuando era otra la postura de la Corte Suprema de Justicia, pues el cambio jurisprudencial data del año 2021. Resalta que las pretensiones de su proceso son por la falta de asesoría necesaria al momento de cambiarse de régimen, las que va en contra vía del debido proceso, mínimo vital y seguridad social, derechos afectados por la prestación que percibe, por lo que busca una pensión digna. Indica que existe un perjuicio grande que ha de resolverse en otra instancia judicial, pero que de ninguna manera los errores de la administradora se pueden convalidar. Dice que su exigua pensión no se conduele de los aportes realizados.

Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Parte demandante: Ratificó lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

Parte demandada: No allegó en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la decisión de primera instancia de absolver de todas las pretensiones a las demandadas al ostentar el actor la calidad de pensionado en el RAIS.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 09 de septiembre de 2019, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra vinculado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inicialmente como afiliado desde el 28 de abril de 1995, como se demuestra con el formulario de afiliación suscrito con COLMENA, y que el 05 de abril de 2002 se cambió a la AFP PORVENIR. En la actualidad el actor ostenta la calidad de PENSIONADO en el RAIS con la modalidad renta vitalicia, la póliza fue suscrita con la Compañía de Seguros de Vida Alfa y de la liquidación del folio 42 del primer archivo pdf, se observa que el 11 de febrero de 2013, se determinó una mesada a favor del demandante en cuantía de \$711.705 en trece meadas.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado,

los beneficios pensionales que podría tener y las condiciones para lograrlos, entre otra información necesaria para tomar una decisión consciente.

Al respecto, si bien el demandante diligenció una solicitud de vinculación al RAIS el 28 de abril de 1995, con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra.

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

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

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

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

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

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

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

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

Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

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

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

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

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

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

Dicho esto, procede La Sala a verificar el material probatorio, iniciando por el interrogatorio de parte del actor, quien, si bien indicó que no se le suministro la información necesaria al momento del cambio del régimen pensional, él también expuso que lleva más o menos 10 años con la calidad de pensionado en el RAIS. Por lo que, teniendo claro qué la AFP no cumplió con su deber probatorio de acreditar el suministro de la información que le correspondía brindar al momento del traslado de régimen, tal como lo afirmó el demandante en su interrogatorio de parte y conforme a las documentales allegadas, La Sala no puede desconocer los pronunciamientos jurisprudenciales, en especial, la sentencia de la CSJ con radicado SL373-2021 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la cual, respecto a la invalidación del traslado de régimen cuando quien demanda es un pensionado, abandonó el criterio que adopto en sentencia con rad. 31989 de 2008. Lo anterior, luego de determinar que no es posible que bajo la figura de la ineficacia de la afiliación, el afiliado pensionado en el RAIS regrese al RPM en el mismo estado en que se encontraba previo a su traslado, por tratarse la calidad de pensionado de un hecho consumado, un status jurídico que no es razonable retrotraer, debido a las afectaciones al sistema en su conjunto, pues reversar el acto del traslado y el reconocimiento pensional, conlleva que sufra la misma suerte todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según la modalidad pensional que se hubiera elegido.

Dicho lo anterior, para la Sala es claro y no puede desconocerse el estatus jurídico del demandante, el cual ostenta desde hace aproximadamente 10 años, como él lo expone en su interrogatorio de parte, por ende, no es posible que se traslade al RPM bajo estas condiciones al haber sido beneficiado por uno de los mecanismos que dispone la Ley para los afiliados al RAIS. Por lo anterior, a pesar que la AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión al momento del traslado de régimen, por cuanto el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), no hay lugar a declarar

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

la ineficacia del acto jurídico del traslado por contar el demandante con un status jurídico consolidado que, como se expuso, no es posible revertir.

Ahora, el apelante expone que la mesada pensional que devenga no se apiada de los aportes que realizó durante su vida laboral y que su prestación afecta sus garantías constitucionales como el mínimo vital, debido proceso y seguridad social, circunstancias que de ser ciertas, deben ser objeto de reclamo en otro proceso judicial, donde se pretenda el pago de los perjuicios que le ocasionó la AFP cuando se cambió de régimen pensional, sin que esta sea el escenario para su análisis, como quiera que este asunto fue el objeto de la demanda.

Suficientes resultan los argumentos para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000)** a favor de las demandadas en proporción del 50% para cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de marzo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS. Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de

QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) a favor de las demandadas en proporción del 50% para cada una.

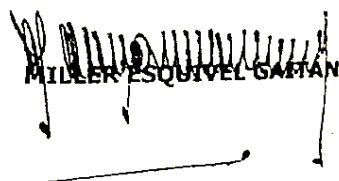
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAFAEL QUINTERO TORRES CONTRA EL CONSORCIO CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL CONFORMADO POR C.S.S. CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Y LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- A.N.I. Rad. 2018 – 00412 01. Juz. 03.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

RAFAEL QUINTERO TORRES demandó al CONSORCIO CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL- CONSOL, conformado por CSS CONSTRUCTORES S.A. y la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- A.N.I., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 6.

- Declaración de existencia de relación laboral.
- Reintegro o reinstalación a un cargo de superior o igual jerarquía.
- Reconocimiento y pago debidamente indexado de los salarios causados a la finalización del contrato de trabajo.
- Reconocimiento y pago debidamente indexado de los aportes a la seguridad social.
- Pago de vacaciones y primas legales.
- Pago de cesantías e intereses a las cesantías.
- Sanción moratoria.
- Sanción por despido de trabajador con debilidad manifiesta.
- Reconocimiento y pago del daño emergente y lucro cesante.
- Indemnización por daño moral y daño a la vida en relación.

- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Declaración de responsabilidad solidaria por parte de CSS Constructores S.A., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura- A.N.I.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos se describen a fls. 4 a 6. El actor suscribió contrato de trabajo a término fijo con el CONSORCIO CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL- CONSOL el 4 de junio de 2013. Durante el vínculo laboral desempeñó labores como albañil y devengaba un salario mensual de \$876.113. El 4 de febrero de 2014 el CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL y el demandante, suscribieron un "otro sí" al contrato de trabajo, por medio del cual decidieron cambiar la modalidad del vínculo laboral por un contrato a término indefinido. Desde la fecha de modificación del contrato, el señor Quintero Torres, comenzó a devengar un salario mensual de \$1.112.517. El 24 de febrero de 2016 el actor sufrió un accidente laboral, por una excesiva fuerza al apretar el gato para alinear el muro del "box culvert". De este incidente se efectuó el reporte a la ARL MAPFRE y dada la gravedad de las secuelas derivadas del accidente, el actor comenzó a recibir por parte de los médicos tratantes de la ARL, la prestación de servicios de salud.

El 8 de agosto de 2016, el profesional Nohemí Lobo Gómez de la clínica NLG, emitió concepto de fisioterapia, por medio del cual certifica que el actor debió acudir a 10 sesiones fisioterapéuticas para adelantar un tratamiento de rehabilitación. El 9 de agosto de 2016 le practicaron una resonancia nuclear magnética en el centro de Alta Tecnología Médica- CATME. Según los resultados le fue diagnosticado *"pequeña hernia discal media de L5S1 con disminución de amplitud de recesos laterales"*. El 17 de agosto de 2016 el centro médico PREVER IPS, emitió ficha de restricción de actividades para el trabajo FRAT por medio del cual sugirió varias recomendaciones medico laborales para que fueran tenidas en cuenta por parte de la empleadora CONSOL y así brindar las herramientas necesarias para que el trabajador adelantara su tratamiento de rehabilitación y recuperación. El 2 de septiembre de 2016, el actor acudió a consulta médica en la Clínica de Columna Nicolas Prada, refiriendo dolor en región glútea izquierda de siete meses de evolución posterior al accidente laboral, los cuales se agudizaron pese a recibir tratamiento médico y analgésicos. Después

de la valoración física, el médico tratante diagnosticó *"trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía"*.

En diciembre de 2016 el Consorcio Ruta del Sol fue intervenido por el gobierno nacional por presuntas irregularidades en la celebración de los contratos de concesión, razón por la cual el pago de nómina de trabajadores estuvo a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura- A.N.I. Para inicios del año 2017, CONSOL decidió suspender los contratos laborales de varios trabajadores, entre ellos el demandante. Mediante comunicado del 17 de enero de 2017 se informó que habría una suspensión de las actividades y que la empresa seguiría pagando salarios y prestaciones sociales, pese a la suspensión.

El 16 de agosto de 2017, el actor fue atendido en E.S.E. Hospital Emiro Quintero Cañizares, donde le fue diagnosticado *"discopatía lumbar L5-S1, dolor intenso, trastorno de discos intervertebrales lumbares y otro con mielopatía"* y en la misma oportunidad el médico tratante efectuó remisión a tercer nivel, para valoración por cirujano de columna.

El actor presentaba retardos con el pago de los salarios de dos meses que no había cancelado la compañía empleadora, razón por la cual decide incoar acción de tutela, en la que el Juzgado Laboral de Aguachica, decidió amparar los derechos fundamentales del señor Rafael Quintero Torres y ordenó a CONSOL que en el término de cinco días efectuara el pago de los salarios adeudados. Luego de la suspensión de actividades, el actor no recibió comunicación o información de que debía presentarse en la empresa para reintegro laboral. El señor Quintero continuó su tratamiento médico de rehabilitación a través de la EPS Coomeva. La demandada el 9 de octubre de 2017 allega memorial al Juzgado de Aguachica indicando que ya había dado cumplimiento a la orden de tutela, ya que había consignado el monto de los salarios adeudados a través de depósito judicial y a su vez informó que dicho valor correspondía a la liquidación de prestaciones sociales. La suma consignada por parte de CONSOL fue de \$2.518.591. Pese a que la empresa consignó a órdenes del Juzgado, título judicial en donde consta la liquidación laboral del demandante, nunca le fue notificada formalmente la terminación del contrato de trabajo; además de que desconoció la condición de salud del señor Rafael Quintero, por lo que decidió interponer acción de tutela para solicitar la protección a la estabilidad laboral reforzada que ostentaba, en la que la compañía contestó aduciendo que no era

procedente el reintegro por cuanto el trabajador había sido despedido el 30 de septiembre de 2017, por un supuesto abandono del cargo, ya que no había asistido en la fecha indicada para su reintegro, situación que es falsa, toda vez que el trabajador no fue citado para retomar sus actividades laborales.

El Juzgado Trece Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, decidió tutelar de manera transitoria los derechos del actor, por un periodo de 4 meses y ordenó a CONSOL que en el transcurso de 48 horas procediera a reintegrar al trabajador y a pagar los salarios dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2017; decisión que en segunda instancia se declaró la nulidad.

Hoy en día el señor Quintero presenta graves dolores al movilizar la columna lumbosacra y dolor ante flexión de cadera con rodilla extendida y recibe atención médica en Coomeva EPS. A través de resonancia magnética nuclear, practicada el 23 de febrero de 2018, se evidenciaron diferentes patologías denominadas *"TENDENCIA DE LUMBARIZACIÓN DE S1, DISCOPATÍA L5S1 DE LARGA EVOLUCIÓN ASOCIADA A FORMACIÓN OSTEOFÍTICA DISCAL CENTRAL QUE INDENTA EL SACO DURAL, DISMINUCIÓN PARCIAL DE AMPLITUD DEL AGUJERO DE CONJUNCIÓN IZQUIERDO. FALTA DE FUSIÓN LINEAL CENTRAL DEL ARCO POSTERIOR DEL PRIMER SEGMENTO SACRO"*. Así mismo, su salud mental se ha visto afectada, en razón a que padece constantes episodios de irritabilidad, angustia y ansiedad, por lo que radicó reclamación administrativa con el fin de que la A.N.I. resolviera y cumpliera las obligaciones laborales derivadas del despido sin justa causa, petición de la que no se ha obtenido respuesta alguna por parte de la entidad.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 16 de octubre de 2018 (fl. 72), notificadas las demandadas y corrido el traslado respectivo, contestaron de la siguiente manera:

ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL - EPISOL S.A.S., en los términos del escrito visible en fls. 112 a 138.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó el accidente laboral acaecido y el reporte del accidente de trabajo efectuado por la ARL Mapfre. Negó o manifestó no constarle los demás.
- Formulo como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de las demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica.

EL CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL- CONSOL, dio contestación en los términos del escrito visible a fls. 229 a 251.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el accidente laboral acaecido y el reporte del accidente de trabajo efectuado por la ARL Mapfre. Negó o manifestó no constarle los demás.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

CSS CONSTRUCTORES S.A. Y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., contestaron en los términos del escrito visible en fls. 313 a 335.

- Se opusieron a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos, aceptaron el accidente laboral acaecido, el reporte del accidente de trabajo efectuado por la ARL Mapfre y la notificación de la consignación a órdenes del Juzgado, por concepto de liquidación de prestaciones sociales.
- Formularon como excepciones de fondo; prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de las demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- A.N.I., dio contestación en los términos del escrito visible a fls. 482 a 507.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos manifestó que no le consta ninguno de ellos.

- Formulo como excepciones de mérito la improcedencia del artículo 34 del CST, el actuar diligente de la Agencia Nacional de Infraestructura en defensa de los derechos laborales de los trabajadores y la genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el 6 de mayo de 2021 (fl. 518 a 519 CD. fl. 516 y 517) en la cual dispuso;

“PRIMERO- DECLARAR que entre el demandante RAFAEL QUINTERO TORRES y el consorcio CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL, conformado por CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A., existió un contrato de trabajo verbal a termino indefinido que inicio el 5 de junio de 2013 y finalizo el 31 de agosto de 2017, por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO- CONDENAR al Consorcio CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL, conformado por CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. al pago debidamente indexado de la suma de \$3.717.777 pesos, en favor del demandante RAFAEL QUINTERO TORRES, por concepto de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, consagrado en el artículo 64 del CST y SS, desde el día siguiente a la finalización del contrato de trabajo y hasta que se haga efectivo el pago, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO- ABSOLVER al Consorcio CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL, conformado por CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A., de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante RAFAEL QUINTERO TORRES, conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO- CONDENAR a las demandadas CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A., como solidariamente responsables de las condenas acá impuestas a la demandada consorcio CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL- CONSOL, conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO- CONDENAR solidariamente a la demandada AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI respecto de las condenas impuestas a la demandada

consorcio CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL- CONSOL, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEXTO- CONDENAR EN COSTAS, incluidas a las agencias en derecho a las demandadas consorcio CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL- CONSOL, CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, las que se tasan en la suma de CIENTO CINCUENTA MIL (\$150.000) PESOS MCTE a cargo de cada una de las demandadas.

SEPTIMO- en caso de no ser apelada la presente providencia por la demandada AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 69 del C.P.T. y S.S”

Llego a esa determinación por considerar que quedó plenamente demostrado que el consorcio demandado no cumplió con la carga probatoria de acreditar que el trabajador no atendió al llamado para que se reincorporara a la empresa, como consecuencia de la anterior suspensión de actividades de toda la planta de personal de la empresa. Reitera que el abandono del cargo no constituye una justa causa de despido y que tal situación obedece al incumplimiento de las obligaciones laborales frente a la prestación personal del servicio; que dicha figura no opera de forma automática toda vez que el empleador debe demostrar que el ausentismo fue injustificado para conllevar a la terminación del contrato, situación que no ocurrió en este caso, debido a que no se aportó prueba alguna que diera cuenta que el demandante fue efectivamente notificado del reintegro o requerido por la ausencia para retomar sus labores. De otra parte, señaló que no se configuro una condición que genere la garantía de la estabilidad laboral reforzada, pues al momento del despido no tenía incapacidad, recomendaciones médicas o estado de salud que lo colocara en un estado de debilidad manifiesta. Así mismo, declaró solidariamente responsables a las sociedades que conforman el consorcio CONSOL pues el objeto social de cada una de ellas cumple con los presupuestos para que se estructure la responsabilidad respecto de las obligaciones asumidas por cada sociedad consorciada.

Recurso de apelación

Parte demandante: Inconforme con la decisión argumenta que, conforme a la jurisprudencia constitucional, la discapacidad es toda limitación temporal o definitiva

que genere una condición de salud que haga necesaria la estabilidad laboral reforzada y que por ende para que se configure, no se necesita allegar calificación de pérdida de capacidad laboral. Señala que no se aportó la calificación de la PCL porque el demandante no contaba con los recursos económicos para asistir a las terapias de rehabilitación por lo tanto al verse impedido a culminar su proceso de rehabilitación no pudo acceder a la solicitud de calificación ante las entidades competentes.

Parte demandada CONSOL: se opone a los numerales 2, 4 y 6 de la sentencia, específicamente en lo que tiene que ver con la condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la declaración de responsabilidad solidaria de cada una de las sociedades que forma parte del consorcio y la condena en costas. Manifiesta que en el curso del proceso se indicó que el abandono del cargo no constituía una justa causa para dar por terminada la relación laboral, pero que la sentencia SL1051 de 2020 analizó el tema y resolvió que se enmarca en la causal 6º del artículo 62 del C.S.T., lo que sucedió en este proceso en que el trabajador incumplió sus obligaciones al rehusarse a prestar el servicio a favor de la empresa, luego de haber sido requerido y notificado de la reincorporación a sus labores. Por otro lado, no existe responsabilidad solidaria respecto a las sociedades que conforman CONSOL, pues el consorcio goza de plena facultad jurídica para actuar en nombre de cada una de las sociedades convocadas. Por último, solicita que se absuelva de la condena en costas a cada una de ellas y se mantenga incólume la absolución de las demás pretensiones.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Ratificó lo dicho en la apelación.

Parte demandada: Ratificó lo dicho en la apelación.

CONSIDERACIONES

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

beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada, la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa, la solidaridad del consorcio CONSOL y la condena en costas.

Existencia de la relación laboral

No es objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, el cual tuvo como extremos del 5 de junio de 2013 y finalizo el 31 de agosto de 2017.

Ahora, al proceso se allegó la declaración extra procesal rendida por Luis Daniel Collantes Galván y Carlos Julio Díaz, quienes dan cuenta de la existencia del contrato, el accidente de trabajo el día 24 de enero de 2016, la reubicación laboral, la suspensión de actividades (fl.33), contrato de trabajo a término fijo a partir del 26 de marzo de 2012 hasta el 25 de julio de 2012, en el cargo aprendiz albañilería con una asignación de \$675.137 (fls. 167-171), formatos de afiliación al sistema de seguridad social (fls. 172 a 175), certificado de salud ocupacional de fecha 17 de mayo de 2013 (fl. 176), contrato de trabajo a término fijo a partir del 5 de junio de 2013 al 4 de agosto de 2013 en el cargo de albañil con un salario de \$876.113 (fl. 34 a 38), Otrosí al contrato de trabajo de fecha 4 de febrero de 2014 mediante el cual se cambia la modalidad a contrato a término indefinido (fl. 39), certificación laboral expedida por la demandada de fecha 1 de abril de 2016 (fl. 40), copia del reporte de accidente de trabajo (fl. 41), copia de historia clínica (fl. 42 a 46, 48-49, 51, 57-59), comunicación de suspensión de servicios a partir del 4 de enero de 2017 (fl. 47 y 177), copia de la acción de tutela que curso en el Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica Cesar (fl. 50, 52-56), comunicación de reintegro laboral de fecha 18 de julio de 2017 (fl. 178), donde se le informa que debe presentarse a partir del 24 de julio de 2017 en el sitio ubicado en La Lizama Ruta Nacional 4513 PR4+150 Bascula de Pesaje de la ciudad de Barrancabermeja; liquidación de prestaciones con fecha de retiro 31 de agosto de 2017 por valor de \$2.518.591,34 y consignación de prestaciones sociales y sus anexos (180 a 202).

Absolvió interrogatorio de parte del representante legal del **CONSORCIO CONSOL**, señor **FERNANDO EDMUNDO CACERES** quien manifestó que no se despidió al actor, pues fue notificado para que se presentara a trabajar sin que asistiera a su puesto de trabajo. Señaló que el actor dejo de percibir salarios por parte de la

empresa al momento en que se finalizó la relación laboral, y se le depositó todo lo debido en la cuenta del Banco Agrario en ese momento. Aceptó que la empresa estaba al tanto de la enfermedad que padecía el actor. Que ellos no despidieron al demandante, pues le notificaron que se presentara a trabajar y no asistió por lo que se terminó la relación laboral por abandono del cargo. Afirmó que no solicitaron permiso al ministerio de trabajo para despedir al trabajador. Que el actor debía prestar sus servicios habitualmente en diversos lugares y tramos, porque la extensión de la obra era muy grande pero no precisaba de un lugar exacto. Indica que se cambió el campamento y el kilómetro y en todo proyecto de construcción y su avance es diferente el frente donde se tiene que presentar el trabajador. Que en la carta de notificación en donde se le avisó acerca del reintegro al puesto de trabajo se precisó la dirección exacta donde debía presentarse. La empresa siempre cumplió con todos los procedimientos de seguridad y salud de todos los trabajadores. Al momento del despido no se le adeudaba ningún concepto por salario. No realizaron examen de egreso porque el contrato fue finalizado por abandono del cargo. No tiene conocimiento si se adelantó procedimiento disciplinario en contra del actor. Las labores que hacia el demandante era de operador de maquinaria, pero no sabía cuál era el ingeniero específico que le daba órdenes. Al momento que fue citado a laborar para el mes de diciembre de 2016 se presentaron acusaciones en contra de una empresa que conforma el CONSORCIO RUTA DEL SOL lo que implicó acuerdo de liquidación del contrato de CONSOL a partir del 2017 y como parte del acuerdo exigía que todos los pagos requerían una autorización de la ANI y una vez subsanado y transcurrido el tiempo se efectuaron y cancelaron las prestaciones. El sitio donde prestaba los servicios el demandante era el tramo norte ubicado entre Aguachica y Cesar. Que no es cierto que se cambió el lugar de operaciones, solo tenía que laborar en el tramo norte; sin embargo, como la obra era extensa era posible que su jefe inmediato pudiera indicarle según el avance de la obra en qué lugar podía realizar sus funciones. En el momento de la firma del contrato se le indicó cuál era el lugar en donde desempeñaría sus funciones y se le comunicó en donde se debía presentarse para el reintegro. El estaba en un tramo norte de la carretera norte en Aguachica y debía presentarse en un tramo de la ciudad de Barrancabermeja al momento del reintegro porque era el único lugar donde se encontraban las oficinas de CONSOL. Se validó con recursos humanos que Rafael Quintero no allegó restricción medica alguna. Al actor no se le podía adelantar proceso disciplinario ya que la terminación del contrato obedeció al abandono del cargo. Aclaró que para el 2017 no había obras en funcionamiento, pero la gente de los campamentos estaba

organizando las herramientas, equipos, maquinaria, vehículos, ordenando los almacenes para iniciar el proceso de liquidación. Indica que revisados los archivos y la hoja de vida no se encontró documento que constara recomendaciones médicas del demandante para que procediera la reubicación de puesto de trabajo. El comunicado fue enviado a través de Servientrega, así como se le envió la comunicación del pago de liquidación de prestaciones sociales a la misma dirección de residencia.

La testigo **OLGA LILIANA OROZCO CANTILLO** (miembro del área de recursos humanos) manifestó que laboro para el CONSORCIO RUTA DEL SOL desde agosto de 2010 y se retiró en abril de 2019. Tenía su cargo el área de recursos humanos y conoció a Rafael Quintero cuando fue empleado del consorcio. Dice que se le informó a todos los empleados la suspensión de actividades y que los salarios fueron efectivamente cancelados, así como las prestaciones sociales, lo que le consta porque ella estaba laborando en el consorcio y tenía acceso a la información de todos los clientes y la nómina. En vigencia de la relación laboral Rafael Quintero sufrió un accidente de trabajo, el cual consta en el registro. Manifiesta que al momento de la terminación del contrato el actor no estaba incapacitado ni había sido reportado tratamiento o restricciones médicos, ni había notificado a CONSOL de alguna situación de salud. Durante la vigencia del contrato en ocasión al accidente tuvo restricciones médicas en el año 2016 a las que se les hizo seguimiento por parte del área de salud y la empresa atendía lo indicado por los médicos y la ARL. el seguimiento del proceso de rehabilitación lo hacía el área de salud ocupacional y seguridad y salud en el trabajo, luego la ARL en su momento hacía todos los procesos de citas médicas o evaluaciones que necesitara el trabajador. En el 2017 el demandante interpuso acción de tutela para reclamar el pago de salarios, pero cuando dieron contestación a la tutela ya se le habían cancelado las sumas debidas. Al inicio del 2017 se presentaron retrasos en el pago, pero al momento del despido no se le adeudaban salarios. Se notificó a Rafael Quintero que debía presentarse a Lizama a través de la empresa de mensajería Servientrega que fue enviada a la dirección de residencia. Los exámenes de egreso nunca fueron realizados por abandono del cargo. Todos los aportes a seguridad social fueron efectivamente pagados.

Estabilidad laboral reforzada

Frente a la estabilidad laboral reforzada argumenta la parte actora que es la discapacidad es toda limitación temporal o definitiva por lo que para que se configure no se necesita allegar calificación de pérdida de capacidad laboral, el despacho tendrá en cuenta lo que al respecto a expresado la Corte Suprema de justicia en sentencia SL 572 del 24 de febrero de 2021:

“De las anteriores definiciones se puede concluir que la situación de discapacidad obedece a una deficiencia que padece el trabajador - que lo limita para desarrollar una actividad - derivada de una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa, a la vez originada por la alteración de las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona; condiciones que por su carácter técnico-científico, para ser valoradas requieren de una herramienta técnica que el sistema integral de seguridad social denomina Manual único para la Calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, actualmente contenido en el decreto 1507 de 2014; que, además, como todo baremo, tiene la ventaja que limita el factor subjetivo del evaluador.

Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, **en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo. (resaltado fuera de texto)**

Ahora, demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador debe contar con la autorización de las autoridades del trabajo para efectuar despidos unilaterales y sin justa causa, sin que le sea exigible al trabajador la prueba de la razón real de la decisión del despido, por resultar desproporcionado.”

Así las cosas, se procede a revisar las pruebas aportadas al proceso a fin de determinar cuál era el estado de salud del demandante para el momento del despido, toda vez que en este caso no existe una calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Conforme al testimonio de Olga Liliana Orozco Cantillo, a la historia médica y al reporte del incidente de trabajo, quedo demostrado que el actor sufrió un accidente de trabajo el 24 de febrero de 2016 el cual fue efectivamente comunicado a la ARL; también se demostró que como consecuencia del accidente se emitieron recomendaciones médicas para el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 2016 al 16 de septiembre de la misma anualidad. En dichas restricciones medicas se precisó que el trabajador no podía levantar cargas que involucraran el movimiento flexo extensor, realizar trabajo en alturas y de arrastre, debido al trastorno disco lumbar y radiculopatía que padecía en dicho momento y que se generó con ocasión del accidente reportado; sin embargo, para la fecha de retiro de la empresa (31 de agosto de 2017), no se acreditó que existiera una condición de salud notoria, evidente y perceptible, como por ejemplo que el trabajador viniera regularmente incapacitado después que ocurrió el accidente, o que se encontrara en tratamiento médico, ya que las restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo solo tuvieron un mes de duración, y no se demostró ninguna otra circunstancia que permitiera concluir que se encontraba en una condición de estado de salud que lo limitara en la realización de su trabajo, contrario a lo indicado por el recurrente.

Lo anterior, por cuanto como se indicó anteriormente, la estabilidad laboral reforzada no va dirigida de forma exclusiva a aquellos trabajadores que ostenten calificación de la disminución de la capacidad laboral o se encuentren en estado de invalidez o discapacidad absoluta, pues la misma opera para el trabajador que padezca alguna limitación física o sensorial que le impida el desarrollo de sus funciones y en este caso si bien es claro que el actor sufrió un accidente de trabajo, ello no generó una limitación para la realización de sus labores, por lo menos no superior a un mes sin que se probara que con posterioridad al mes de septiembre de 2016 presentó problemas de salud por esta u otra causa .

En cuanto al dictamen de calificación, que manifiesta no pudo adelantar por no contar con la capacidad económica para ello, es claro que dicha prueba podía haber sido solicitada con la demanda para que hubiera sido practicada como prueba en el proceso, lo que no se hizo.

Despido sin justa causa

La parte demandada manifestó respecto al despido, que no se indicó que el abandono del cargo constituyera justa causa para dar por terminada la relación laboral cuando se reiteró en el curso del proceso, que el trabajador incumplió sus obligaciones al rehusarse a prestar el servicio a favor de la empresa, luego de haber sido requerido y notificado de la reincorporación a sus labores. Igualmente, se revisa esta condena en consulta, por cuanto se condenó solidariamente a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI

Respecto a la causal invocada para el despido del trabajador, esto es el abandono del cargo, lo primero que se observa es que la demandada no comunicó al trabajador la terminación del contrato de trabajo para establecer que esta hubiera sido la causal invocada, o por lo menos, no aportó la comunicación de terminación del contrato y en tal caso debe tenerse en cuenta el párrafo único del artículo 62 del código sustantivo del trabajo que establece que "La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.»

Conforme a ello, si la justa causa invocada por la empleadora para terminar el trabajo existe, pero no le fue notificada al trabajador, no puede ser alegada en el proceso como causal de despido, razón suficiente para declarar que el despido en este caso, se dio sin una justa causa.

Adicionalmente, respecto al abandono del cargo alegado, resulta pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL 1051 de 2020, citada por la recurrente, que dispuso:

"Aquí debe precisarse que el abandono del cargo al que se refiere la recurrente no constituye propiamente un modo de terminación del contrato laboral ni una justa causa de despido; ya que tal figura no existe en la legislación laboral, pero si se enmarca en la causal 6 del artículo 62 del CST, al referir la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que le incumben al trabajador"

Conforme a la citada jurisprudencia, no puede invocarse como justa causa el abandono del cargo manifestado por la empleadora pues no existe en la legislación laboral. Por otra parte, como la demandada no demostró haber comunicado al trabajador la terminación del contrato, pues no aportó la comunicación correspondiente, no puede tenerse en cuenta para tal efecto, la justa causa contenida en el numeral 6º del artículo 62 del CST, como lo pretende la recurrente.

Pero si en gracia de discusión se analizara dicha causal, habría lugar a resaltar que con el acervo probatorio obrante en el expediente, no se demostró que el actor recibiera la comunicación de reincorporación a sus labores, pues la carta de fecha 18 de julio de 2017 (fl. 33) no tiene firma de recibido, no se allegó copia de la guía de entrega por parte de la empresa de mensajería, ni se aportó otro medio probatorio que permita establecer que el actor recibió en su lugar de residencia la información de la reanudación de las actividades laborales, para concluir que aun así no se reincorporó a sus labores, razón por la que no podría declararse probada una justa causa para despedirlo.

En consecuencia, es claro que, en el asunto bajo estudio se presentó un despido sin justa causa de manera unilateral, atribuible al empleador, por lo que debe asumir el correspondiente pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T, tal y como acertadamente lo determino el A quo.

Responsabilidad solidaria

Al respecto indica el recurrente que no existe responsabilidad solidaria respecto a las sociedades que conforman CONSOL, pues el consorcio goza de plena facultad jurídica para actuar en nombre de cada una de las sociedades convocadas.

Tal como se desprende de la apelación se hace referencia únicamente la solidaridad respecto a las demandadas CSS CONSTRUCTORES S.A. y CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A., es decir a la condena contenida en el numeral 4º de la sentencia recurrida.

La solidaridad laboral o responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales, consiste en que, si el responsable principal incumple las obligaciones laborales, el responsable solidario es llamado a responder por esas obligaciones, aunque no estén directamente en cabeza suya.

La responsabilidad solidaria de los socios con las deudas laborales está dada en el artículo 36 del código sustantivo del trabajo que señala lo siguiente:

«Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en

relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.»

En este caso se trata de sociedades anónimas, es decir, de sociedades mercantiles de capital, en la que el capital se divide en acciones y en las que los socios no responden personalmente de las deudas sociales y por lo tanto la responsabilidad asumida por cada uno de los socios será proporcional al capital aportado por éstos, quienes se encuentran obligados únicamente al pago de sus acciones y no responden de forma personal por las deudas sociales, lo que no conlleva a que no sean responsables solidarios sino a que su responsabilidad se encuentra limitada al capital aportado para la conformación del capital.

Conforme a las pruebas arrimadas al plenario, el CONSORCIO CONSTRUCTORA RUTA DEL SOL conformado por las sociedades CSS CONSTRUCTORES S.A., CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBREC GT S.A. y ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. vinculó al actor para laborar en cumplimiento del contrato 001 de 2010 que suscribió con la hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI, para la construcción, mejoramiento, ampliación, rehabilitación, operación y mantenimiento de las obras del sector 2 Puerto Salgar -San Roque del proyecto Vía Ruta del Sol, razón por la que, es procedente la condena solidaria frente a la obligaciones laborales ordenadas por el A quo respecto del consorcio conformado por ellas.

En consulta se procede a revisar la procedencia de la solidaridad declarada respecto de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, declaratoria que es procedente toda vez que en aplicación del artículo 34 del CST, fue el beneficiario de la obra realizada por el CONSORCIO demandado y las labores efectuadas por el contratista, corresponden al giro ordinario de sus actividades conforme al objeto para el que fue creada (SL35860/2010) y suscribió el contrato de concesión para la obra del Sector 2 Puerto Salgar- San Roque, donde prestó sus servicios el demandante.

Por último, solicita la demandada recurrente que se absuelva de la condena en costas y se mantenga incólume la absolución de las demás pretensiones. Respecto de las demás pretensiones, como no fueron objeto de apelación, se mantiene la decisión tomada en primera instancia y en relación con la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, estas se imponen a la parte que resulte vencida en el proceso, por lo que conforme a las

resultas del proceso se debe condenar en costas a la parte demandada en este asunto.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **confirmar** la sentencia objeto de recurso.

COSTAS.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de mayo de 2021, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

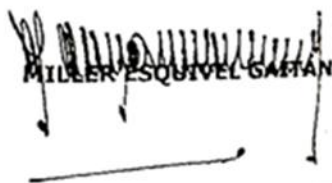
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBERTO CRISTANCHO ALARCÓN, JOSÉ ALBERTO GÓMEZ GONZÁLEZ, LUIS ALEJANDRO DEDIOS ÁLVAREZ, MARCO ANTONIO TORRES MEDINA, JOSÉ HERNANDO SÁNCHEZ ÁNGEL Y GONZALO PRIETO GARZÓN CONTRA EXPRES DEL FUTURO S.A. Rad. 2019–00710 01. Juz. 7º.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ALBERTO CRISTANCHO ALARCÓN, JOSÉ ALBERTO GÓMEZ GONZÁLEZ, LUIS ALEJANDRO DEDIOS ÁLVAREZ, MARCO ANTONIO TORRES MEDINA, JOSÉ HERNANDO SÁNCHEZ ÁNGEL Y GONZALO PRIETO GARZÓN demandan a EXPRESS DEL FUTURO S.A.S., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 7 del expediente digital (cuaderno 1).

- Se declare que entre los demandantes y la demandada existió una relación laboral
- Que el salario devengado por los demandantes era de \$1.443.200
- Se declare que el contrato a término fijo se prorrogó de manera automática por el mismo término por no haberse realizado la notificación de no prórroga del contrato a término fijo
- Se declare nula la cláusula adicional por haber desmejorado las condiciones laborales de los demandantes
- Se declare que el contrato a término fijo no se liquidó
- Se condene a la demandada a pagar a cada uno de los demandantes el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, la indemnización del artículo 64 del CST y la sanción moratoria del artículo 65 del CST

- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 1 a 3 expediente digitalizado cuaderno 1. Que los demandantes se vincularon con la sociedad demandada mediante contratos de trabajo a término fijo inferior a un año para desempeñar las labores de operarios transportadores en las instalaciones de la demandada en Bogotá, devengando un salario de \$1.443.200.

Que los contratos a término fijo suscritos por los demandantes con la demandada se prorrogaron automáticamente por periodos iguales sucesivos, por lo que la cuarta prorroga era a un año y finalizó por orden del empleador. Que el 1º de agosto de 2016 la sociedad les informó a los demandantes la finalización del contrato y en la liquidación final no se incluyó la indemnización por despido sin justa causa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad el 1º de noviembre de 2019 (archivo 1 fl. 84), notificada la demandada y corrido el traslado respectivo, la parte pasiva EXPRESS DE FUTURO S.A.S contestó la demanda de la siguiente manera (Cuaderno 2):

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Negó los hechos, salvo el relacionado con la liquidación final de prestaciones sociales
- Como excepciones propuso como previa la de prescripción y como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, compensación y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 11 de junio de 2021 en la cual absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada y condenó en costas a la parte actora.

Llegó a esta determinación luego de analizar las pruebas allegadas al proceso en específico las documentales y los interrogatorios de parte de los demandantes, de los que consideró se podía concluir que la empresa demandada suscribió con los demandantes ALBERTO CRISTANCHO ALARCÓN, JOSÉ ALBERTO GÓMEZ

GONZÁLEZ, LUIS ALEJANDRO DEDIOS ÁLVAREZ, MARCO ANTONIO TORRES MEDINA, JOSÉ HERNANDO SÁNCHEZ ÁNGEL Y GONZALO PRIETO GARZÓN contratos de trabajo a término fijo y que posteriormente se suscribieron otrosí modificando la modalidad del contrato a uno de obra o labor. Manifestó que la demandada EXPRESS DEL FUTURO S.A. tenía contrato de concesión con la empresa TRASMILENIO para la conducción de 121 buses y que se le envió a los trabajadores comunicación de la terminación de los contratos de trabajo a término fijo, por cuanto se vencía el contrato de concesión que la empresa tenía con TRASMILENIO; sin embargo, para mantener los contratos suscritos hasta el vencimiento del contrato de concesión, suscribieron otrosí, mientras terminaba la concesión. Señaló que, en este caso, el cambio de modalidad respecto del que se argumenta la existencia de un vicio del consentimiento, no se acreditaba, pues la empresa tenía derecho a dar por terminado los contratos suscritos al vencer el término pactado ya que estaban a punto de expirar, por lo que este motivo no podía tenerse como coacción a los trabajadores para que suscribieran el otrosí. Que la cláusula que modificó la modalidad de contratación atendió a la limitación dada por el contrato de concesión que tenía con la empresa TRASMILENIO, lo que no constituía un engaño o coacción a los trabajadores para la firma de la cláusula adicional y que por ello a los trabajadores que se negaron a suscribir la cláusula adicional la empresa les dio por terminado el contrato por vencimiento del plazo pactado, lo que es legal, pues así se había pactado en los contratos. Además, resaltó que les fueron pagadas todas las prestaciones e incluso la liquidación final de prestaciones, razón por la que declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada y condenó en costas a la parte actora.

APELACIÓN.

La parte demandante interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que lo que si bien existió una continuidad de los contratos no se tuvo en cuenta la fecha para la liquidación final. Citó la sentencia SL 2600 de 2018 respecto a que en ella se señala que el contrato de obra o labor debe ser bien delimitado en el convenio pues de lo contrario se tendrá como contrato a término indefinido, y la demandada en este caso, no fue clara y que cada uno de los trabajadores fue coaccionado para firmar cuando les faltaban 3 a 5 meses para la terminación de los contratos.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No allegó alegatos en esta instancia.

Parte demandada: Ratifica lo manifestado en la apelación.

CONSIDERACIONES

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

Cambio en la modalidad del contrato de trabajo.-

Las partes pueden de común acuerdo cambiar la modalidad del contrato laboral por tratarse de un contrato consensual; sin embargo, para ello se requiere de la autorización del trabajador y que con el cambio en la modalidad de contratación no se afecten los intereses del trabajador, ya que la ley no obliga al trabajador a que acepte que su empleador le cambie el tipo de contrato de trabajo o de sus condiciones, por lo que el cambio dependerá de la voluntad del trabajador y/o de las negociaciones que lleguen las partes, razón por la que se puede hacer modificaciones mediante otrosí sin que sea necesario liquidar el contrato inicial para firmar uno nuevo.

En el caso en estudio, el problema se presenta por cuanto el cambio fue en la modalidad del contrato de término fijo a un contrato de obra o labor, lo que podría afectar los intereses de los trabajadores demandantes, razón por la que se debe analizar si realmente los trabajadores se veían afectados al suscribir un otrosí que modificaba la modalidad de contratación y si ello se dio por mutuo acuerdo entre las partes, puesto que los trabajadores como parte débil de la relación laboral, tienen protección constitucional especial.

En caso que afecten negativamente al trabajador requieren que la expresa manifestación de voluntad o consentimiento del trabajador, sea clara, sin vicios del consentimiento o de presión, amenaza o acoso laboral.

Conforme a las pruebas testimonial la empresa demandada perdió la licitación con TRASMILENIO y por tanto su contrato de concesión terminaba; pero ello no podía dar lugar a una imposición a los trabajadores para suscribir los otrosí, pues si el cambio se plantea como una exigencia, el trabajador podía decidir no suscribirlo y en tal caso el contrato terminaría a la finalización del plazo fijo pactado.

Acorde con la documental aportada se tiene que entre las partes se suscribieron los siguientes contratos de trabajo a término fijo inferior a un año (6 meses) para vincular a los siguientes demandantes como operadores de bus articulado:

- 1) Con Alberto Cristancho Alarcón se suscribió contrato por 6 meses con fecha de inicio el 25 de noviembre de 2013 y fecha de terminación el 24 de mayo de 2014 (6 meses) con un salario de \$1.148.400 y cláusula adicional suscrita el 22 de abril de 2015 modificando la modalidad inicialmente pactada a partir del 22 de abril de 2015 a un contrato de obra o labor para la ejecución de la labor determinada consistente en la ejecución de la labor de operador de bus articulado por la duración del contrato de concesión sin número, de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO y la empresa contratante TRASMILENIO S.A. Esta cláusula se suscribió el 22 de abril de 2015 (fl. 30 a 35 C.1). La liquidación final de prestaciones sociales indica como fecha de ingreso el 25 de noviembre de 2013 y fecha de terminación 15 de junio de 2019 y se liquidó sobre un salario de \$1443.200 mismo pactado en el contrato.

De la anterior prueba documental se puede colegir que el contrato inicialmente era a término fijo y si bien se había prorrogado en forma automática podía darse por terminado por el empleador al vencimiento del plazo pactado previo el aviso establecido en el artículo 46 del CST., sin que por ello pudiera considerarse un despido sin justa causa. Puestas, así las cosas, el contrato a término fijo no fue prorrogado, sino modificado con la cláusula adicional que se suscribió el 22 de abril de 2015 sin que con ello le causara perjuicio alguno, pues no se desmejoraron sus condiciones laborales ya que el contrato inicial era a término fijo y podía terminarse al vencimiento de la prórroga, y con el contrato de obra o labor continuó prestando sus servicios hasta el 15 de junio de 2019, fecha en que terminaron todos los contratos.

Por ello su declaración respecto a que le dijeron que "si no firmaba podía ser despedido sin justa causa" no puede ser considerada como una forma de coacción por parte del empleador, pues éste podía terminar el contrato en la fecha en que se venciera la prórroga, previo el aviso correspondiente, sin que ello constituyera un despido sin justa causa.

Lo que se acordó, con la firma de la cláusula adicional fue continuar con la misma labor bajo otra modalidad de contrato, mientras terminaba el contrato de concesión con TRASMILENIO, y por ello en la mencionada cláusula se especificó de manera clara y contrario a lo manifestado por la recurrente, que sería para la ejecución de

la labor de operador de bus articulado (misma que venía desempeñando en el contrato a término fijo) por la duración del contrato de concesión sin número, de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A. y la empresa contratante TRASMILENIO S.A.

También se observa que fue cancelada la liquidación final de prestaciones que tuvo en cuenta 2001 días laborados entre el 25 de noviembre de 2013 y el 15 de junio de 2019 sobre un salario de \$1.443.200

- Con JOSE ALBERTO GÓMEZ GONZÁLEZ se suscribió contrato a término fijo desde el 11 de abril de 2014 al 10 de octubre de 2014 (6 meses) y cláusula adicional igual que la anterior a partir del 31 de agosto de 2015 (fl. 36 a 44).

De la documental mencionada se tiene que el contrato inicialmente pactado era a término fijo, prorrogado en forma automática; por lo que podía darse por terminado por el empleador al vencimiento del plazo pactado previo el aviso establecido en artículo 46 del CST., sin que por ello pudiera considerarse un despido sin justa causa. El contrato a término fijo no fue prorrogado, sino modificado con la cláusula adicional que se suscribió el 31 de agosto de 2015 sin que con ello le causara perjuicio alguno pues no se desmejoraron sus condiciones laborales, y con el contrato de obra o labor continuó prestando sus servicios hasta el 15 de junio de 2019, fecha en que terminaron todos los contratos.

El trabajador en su declaración manifestó que conocía que "la empresa perdió la licitación con TRASMILENIO y que por esa razón terminarían el contrato de trabajo"; que "firmó el otrosí para cambiar la modalidad del contrato por obra o labor por ingenuidad" y "la empresa le pagó todas las prestaciones", de lo que no es posible concluir la existencia de coacción o engaño por parte del empleador, como tampoco de ingenuidad del trabajador, pues conocía la razón por la que modificaban los contratos y como el contrato terminaba por vencimiento del plazo pactado podía con el acuerdo de modificación a obra o labor continuar laborando hasta que terminara el contrato de concesión, que se suscribió para la ejecución de la "labor de operador de bus articulado (misma que venía desempeñando en el contrato a término fijo) por la duración del contrato de concesión sin número, de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO y la empresa contratante TRASMILENIO S.A.", como se indica en la cláusula adicional.

En la liquidación que obra a folio 45 se observa que se tuvo en cuenta como fecha de inicio el 11 de abril de 2014 y de terminación el 15 de junio de 2019 para un total de 1865 días liquidados con un salario de \$1.443.200

- Con LUIS ALEJANDRO DEDIOS ÁLVAREZ se suscribió contrato a término fijo desde el 3 de abril de 2012 al 2 de octubre de 2012 y cláusula con el mismo contenido de las anteriores de fecha 2 de febrero de 2016 (fl. 45 a 54)

El contrato inicialmente pactado, igual que los anteriores, era a término fijo inferior a un año y si bien se había prorrogado en forma automática podía darse por terminado por el empleador al vencimiento del plazo pactado previo el aviso establecido en el artículo 46 del CST., sin que por ello pudiera considerarse un despido sin justa causa. El contrato a término fijo fue modificado con la cláusula adicional que se suscribió el 2 de febrero de 2016 (fl. 54) sin que con ello le causara perjuicio alguno al trabajador, pues no se desmejoraron sus condiciones laborales y con el contrato de obra o labor continuó prestando sus servicios hasta el 15 de junio de 2019, fecha en que terminaron todos los contratos.

El demandante dijo en el interrogatorio de parte que “al principio se negó a firmar pero que la Dra. Lina Jefe de Recursos Humanos le dijo que no pasaba nada pero que si no firmaba no se le podía dar más contrato y no le explicó que se cambiaba la modalidad contractual”. Ello no acredita que existiera una coacción por parte del empleador, pues se reitera, que al igual que con los otros demandantes el contrato podía darse por terminado a la finalización del término fijo pactado o en su caso de la prórroga, sin que por ello se diera un despido sin justa causa y con la firma de la cláusula adicional continuó con la misma labor bajo otra modalidad de contrato mientras terminaba el contrato de concesión con TRASMILENIO, conforme a mencionada cláusula en que se especificó de manera clara y contrario a lo manifestado por la recurrente, que sería para la ejecución de la labor de operador de bus articulado (misma que venía desempeñando en el contrato a término fijo) por la duración del contrato de concesión sin número, de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A. y la empresa contratante TRASMILENIO S.A.

También se observa que fue cancelada la liquidación final de prestaciones que tuvo en cuenta 2593 días laborados entre el 3 de abril de 2012 y el 15 de junio de 2019 sobre un salario de \$1.443.200 (fl. 51) con firma de recibido por el trabajador.

- Con MARCO ANTONIO TORRES MEDINA desde el 21 de diciembre de 2012 al 20 de mayo de 2013 y cláusula adicional suscrita el 18 de noviembre de 2015 (fl. 54 a 57)

Igual que los anteriores contratos, era a término fijo inferior a un año y si bien se había prorrogado en forma automática podía darse por terminado por el empleador

al vencimiento del plazo pactado previo el aviso establecido en el artículo 46 del CST., sin que por ello pudiera considerarse un despido sin justa causa. El contrato a término fijo fue modificado con la cláusula adicional que se suscribió el 18 de diciembre de 2015 (fl. 57) sin perjuicio alguno para el trabajador, pues no se desmejoraron sus condiciones laborales ya que su contrato inicial era a término fijo y podía terminarse al vencimiento de la prórroga (1 año en su caso), y con el contrato de obra o labor continuó prestando sus servicios hasta el 15 de junio de 2019, fecha en que terminaron todos los contratos. Si bien dijo en su declaración que “lo obligaron a firmar porque si no tenía que atenerse a las consecuencias y que en un mes le podían dar por terminado el contrato y no reclamó porque la empresa le ponía el ojo encima y le ponían más trabajo y le hacían seguimientos”; su declaración no acredita que existiera una coacción por parte del empleador, pues se reitera, que al igual que con los otros contratos, el suyo podía terminarse a la finalización del término fijo pactado o en su caso de la prórroga, sin que ello diera lugar a un despido sin justa causa.

Con la firma de la cláusula adicional continuó cumpliendo la misma labor bajo otra modalidad de contrato mientras terminaba el contrato de concesión con TRASMILENIO, y por ello en la mencionada cláusula se especificó de manera clara y contrario a lo manifestado por la recurrente, que sería para la ejecución de la labor de operador de bus articulado (misma que venía desempeñando en el contrato a término fijo) por la duración del contrato de concesión sin número, de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO S.A. y la empresa contratante TRASMILENIO S.A.

Igualmente, se le liquidaron las prestaciones sociales con la totalidad del tiempo laborado (fl. 56) y firmó el recibido de las prestaciones.

- Con JOSÉ HERNANDO SÁNCHEZ ÁNGEL se suscribió contrato a término fijo desde el 27 de julio de 2012 al 26 de enero de 2013 y cláusula adicional de fecha 16 de junio de 2015 (fls. 59 a 65)

En su caso, se reitera lo indicado respecto de los anteriores trabajadores y en cuanto a lo indicado en el interrogatorio de parte respecto a que “le hicieron firmar bajo presión y que si no firmaba en un tiempo determinado podían cancelarle el contrato de trabajo o no le ayudaban a empalmar con otra empresa y que los compañeros que no firmaron fueron echados de la empresa”; no es posible concluir la existencia de coacción o engaño por parte del empleador, ya que el contrato podía terminarse al vencimiento del plazo pactado y con el acuerdo de modificación, continuó laborando bajo contrato de obra o labor hasta que terminó el contrato de concesión,

aspecto en el que fue claro el otrosí que modificó el contrato y que se suscribió para la ejecución de la "labor de operador de bus articulado (misma que venía desempeñando en el contrato a término fijo) por la duración del contrato de concesión sin número, de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO y la empresa contratante TRASMILENIO S.A.", como se indica en la cláusula adicional, lo que no afectaba sus condiciones laborales.

En la liquidación del contrato de obra o labora se observa que se tuvo en cuenta todo el tiempo laborado y tiene firma de recibido por el actor.

- Con GONZALO PRIETO GARZÓN desde el 16 de abril de 2013 al 15 de octubre de 2013 y cláusula adicional de fecha 7 de marzo de 2016.

En su caso, al igual que con los otros demandantes, el contrato era a término fijo y la modificación del mismo no afectó sus condiciones laborales; además de su declaración en el interrogatorio de parte, no se acreditó que con lo informado por el señor Hemerson en cuanto a que le dijo "que debía firmar una cláusula adicional, y que si no lo hacía le terminarían el contrato que tenía con la empresa a término fijo" se diera una coacción por parte del empleador, pues su contrato podía darse por terminado a la finalización del plazo pactado sin que ello constituyera un despido sin justa causa, más aún cuando aceptó que terminó el contrato porque finalizó el contrato con TRASMILENIO en el 2019 y le pagaron todas las prestaciones.

Revisados así los contratos, las cláusulas firmadas y las declaraciones rendidas por los demandantes, es claro que el cambio en la modalidad del contrato de término fijo a contrato de obra o labor no afectó los intereses de los trabajadores y por el contrario, ello se dio por mutuo acuerdo entre las partes para continuar laborando hasta la finalización del contrato de concesión que su empleador había suscrito con TRASMILENIO.

Ahora, en relación con lo indicado por la recurrente respecto a la sentencia SL 2600 de 2018 se tiene que en ella se indicó lo siguiente:

"La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado.

Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto

celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad.

Así como en el derecho laboral prima la regla general de la libertad de forma para el nacimiento de los actos jurídicos, a la par, también prevalece un principio general de libertad probatoria, el cual se relativiza solo cuando la ley establece una formalidad ad probationem. Al respecto, el artículo 54 del Código Sustantivo del Trabajo señala que tanto «la existencia» como las «condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios».

Nuevamente, en el caso del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, la ley no impone la prueba del acto jurídico a través de un medio probatorio específico, de tal suerte que su existencia puede establecerse a través de cualquier elemento de convicción. A ello vale agregar que incluso el legislador permite inferir una estipulación en tal sentido de «la naturaleza de la labor contratada», esto es, de las características de la actividad contratada.

En el caso en estudio, la modificación al contrato se dio de forma escrita, y allí se indicó de manera específica que se suscribía para la ejecución de la "labor de operador de bus articulado" misma labor que venían desempeñando cada uno de los trabajadores en el contrato a término fijo inicialmente suscrito y respecto al término se indicó que sería por "la duración del contrato de concesión sin número, de fecha 19 de abril de 2000 suscrito entre la empresa EXPRESS DEL FUTURO y la empresa contratante TRASMILENIO S.A." con lo que se determinó de manera clara su duración y se acreditó la existencia de un acuerdo de voluntades en cuanto a la modificación del vínculo para continuar mediante contrato de obra o labor que terminaría a la finalización del contrato de concesión mencionado en la cláusula adicional; por lo que no se da la falta de estipulación de que trata la sentencia mencionada, para que pueda considerarse que el tiempo era indefinido.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

COSTAS.- Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000) a cargo de los demandantes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a cargo de los demandantes.

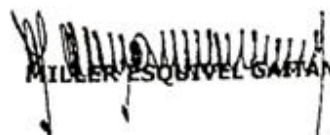
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HERNANDO SIERRA PINTO CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2020 – 00395 01. Juz. 31.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

HERNANDO SIERRA PINTO demandó a la **AFP COLFONDOS S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 a 4 del archivo 001 que se encuentra en el medio magnético visible a folio 1 del expediente híbrido.

DECLARATIVAS

-

- Dar aplicación al precedente jurisprudencial de la SL CSJ sentencias 31989, 31314 y otras.
- Nulidad de la afiliación en pensión realizada ante la AFP COLFONDOS por falta al deber de información.
- Validez de la afiliación al RPM.
- Beneficiario del régimen de transición conforme al Art. 36 de la Ley 100/1993.
- Que tiene derecho al reconocimiento de pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 del mismo año.

CONDENATORIAS

- Que COLFONDOS registre en su sistema de información que la afiliación al RAIS estuvo viciada de nulidad.
- Traslado de aportes, rendimientos, costos, cuotas y comisiones administrativas junto a sus frutos e intereses.
- Activación de la afiliación al RPM.
- Reconocimiento y pago de pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 del mismo año junto con su retroactivo, indexación e intereses moratorios.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

SUBSIDIARIAS

- Reconocimiento y pago de pensión de vejez conforme al Art. 34 de la Ley 100/1993 y la Ley 797/2003.
- Reconocimiento y pago de perjuicios a cargo de COLPENSIONES derivados de la diferencia entre el valor de la pensión reconocida por COLFONDOS respecto a la que obtendría en el RPM junto con su indexación e intereses moratorios.

- Reconocimiento y pago de perjuicios a cargo de COLFONDOS derivados de la diferencia entre el valor de pensión reconocida en el RAIS respecto a la que obtendría en el RPM junto con su indexación e intereses moratorios.

Los hechos de la demanda se describen en los folios 4 a 8 del archivo 001 ya citado. Nació el 3 de septiembre de 1955, inició a cotizar para el ISS desde el 7 de mayo de 1973, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS el 19 de abril de 2001 como se denota del formulario de afiliación 7717656, no obstante, dicho traslado estuvo precedido de información falsa y conveniente, en el sentido de que le indicaron que podía pensionarse en el RAIS en cualquier tiempo y que tendría mejores beneficios que en el ISS, sin embargo, omitieron indicarle las condiciones particulares del RAIS, no le realizaron una proyección pensional de ambos regímenes y no le indicaron que perdería su régimen de transición al trasladarse al RAIS. Al momento de trasladarse de régimen contaba con más de 746 semanas y 46 años de edad. El 16 de agosto de 2019 solicitó a COLPENSIONES que estudiara su caso a fin de que procediera a tenerlo como afiliado en el RPM ante la falta de información recibida por COLFONDOS, sin embargo, la entidad pública se limitó a indicar que le daría traslado a Asofondos. Una vez realizadas las proyecciones de rigor, encontró una diferencia notable en el valor de su mesada pensional, en la cual encontró que le era más favorable haber seguido en el RPM.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad el 4 de diciembre de 202 (archivo 018 expediente híbrido) y corrido el respectivo traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible a folios 22 a 40 del archivo 021 del expediente híbrido.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; La fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS, la edad y semanas cotizadas al momento de trasladarse de régimen, el empleador y cargo que ostentaba al momento del traslado, la permanencia actual en COLFONDOS, la solicitud presentada por el actor ante COLPENSIONES, la respuesta emitida por la entidad y el valor de la posible mesada pensional en el RAIS.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica.

Mediante proveído del 24 de febrero de 2021 (Archivo 023) se tuvo por contestada la demanda por parte de **COLPENSIONES** y se ordenó nuevamente la notificación a **COLFONDOS**.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda como se vislumbra del escrito visible a folios 2 a 25 del archivo 026 del expediente híbrido.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y genérica.

Mediante auto del veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (21) la A quo tuvo por contestada la demanda por parte de **COLFONDOS** y la requirió para que allegara el formulario de afiliación suscrito por el actor, así mismo, fijó fecha de audiencia (Archivo 027 expediente híbrido).

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo del 21 de septiembre de 2021 en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado de régimen realizado por el demandante HERNANDO SIERRA PINTO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como quiera que el traslado que realizó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. se encuentra viciado de nulidad.

SEGUNDO: CONDENAR a la ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.*** a trasladar a la ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** la totalidad de sumas de dinero que hubiese recibido la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos, intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros.

TERCERO: CONDENAR a la ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

CUARTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por el demandante a las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES."

Llegó a esta determinación en razón a que conforme a la normatividad vigente para el momento en que se materializó el traslado de régimen la AFP no cumplió con el deber de información que le asistía, ya que no es válido simplemente diligenciar y suscribir el formulario de afiliación, así como tampoco cumplió con la carga probatoria que le asistía en el curso del proceso, por lo que, conforme a los criterios jurisprudenciales de la SL CSJ es procedente la declaratoria de nulidad de traslado. En cuanto al interrogatorio de parte absuelto por el actor sostuvo que no existe confesión que acredite que COLFONDOS haya brindado la información oportuna, amplia y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen. Sobre las pretensiones relativas al régimen de transición y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo dicha norma, indicó que no se acredita el cumplimiento de alguno de los requisitos que consagra el Art. 36 de la Ley 100/1993, por lo que absolvió de dichas pretensiones. No se pronunció expresamente sobre las excepciones planteadas y decidió condenar en costas a COLFONDOS mientras que absolvió de la condena a COLPENSIONES, ya que consideró que dentro de las facultades de la entidad pública no se encuentra declarar una ineficacia de la afiliación y tampoco estaba en capacidad de recibir al demandante sin que mediara orden judicial.

Recurso de apelación

Parte demandante: Sin recurso.

Parte demandada.

COLPENSIONES: Indicó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003 por lo que no es posible su retorno al RPM, tampoco se evidencian la ocurrencia de vicios del consentimiento al momento del traslado, al contrario, con lo indicado en el interrogatorio de parte se demostró que se cumplió con el deber de información por parte de la AFP. Indicó que la permanencia prolongada

en el RAIS es un argumento válido para acreditar que la voluntad del demandante es permanecer afiliado a la AFP, por lo que se debe revocar la decisión de instancia.

COLFONDOS: Sin recurso.

Alegatos ante este tribunal

Parte demandante:

Parte demandada:

COLPENSIONES:

COLFONDOS:

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma conforme se desprende de la petición presentada el 16 de agosto de 2019 (Fls. 1 y 2 archivo 007 Exp. Híbrido) en la que solicitó ser vinculado nuevamente a COLPENSIONES, petición resuelta de manera negativa por

el fondo público mediante comunicación del 29 de agosto de la misma anualidad (Fls. 3 y 4 archivo 007 Exp. Híbrido), con lo cual, se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad que dispone el Art. 6 del C.P.T.S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 19 de abril de 2001 cuando se vinculó a la AFP COLFONDOS S.A. como se denota del formulario de afiliación visible a folio 13 del archivo 036 del expediente híbrido, así mismo reposa dicha documental en el archivo 009, por lo tanto, la afiliación a dicha AFP actualmente se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

La parte actora alega que se debe declarar nulo el traslado de régimen acontecido al RAIS administrado por COLFONDOS, en razón a que no fue informado debidamente sobre todas las características del fondo privado, las posibles consecuencias negativas de la decisión, entre otros aspectos relevantes, por su parte, la recurrente COLPENSIONES alega que el traslado fue plenamente válido, que el interrogatorio absuelto acredita que si fue informado y que la permanencia prolongada en el RAIS es suficiente para demostrar que la decisión del demandante era pertenecer al fondo privado de manera voluntaria. Al respecto, si bien el actor diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., el 19 de abril de 2001 (Fl. 13 archivo 036 y archivo 009), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, hecho aceptado por el demandante en su interrogatorio de parte, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con

efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

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

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

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

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

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

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

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

radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

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

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

Ahora bien, en razón a que el interrogatorio de parte absuelto por el demandante es objeto de controversia por parte de COLPENSIONES, la Sala procede a su estudio. **HERNANDO SIERRA PINTO** manifestó que se afilió a COLFONDOS en abril de 2001, los asesores le indicaron que el ISS se iba a acabar y por eso se creaban esas instituciones de pensiones particulares, también le dijeron que iba a salir mejor pensionado y a cualquier edad, por lo que decidió afiliarse y luego, se dio cuenta que eso no era así, no pudo formularle preguntas al asesor de COLFONDOS, se sintió presionado para firmar el formulario por lo que le dijeron que el Seguro Social se iba a acabar, no le llegaron extractos, indicó que en un momento que asistió a COLPENSIONES supo que estaba afiliado a COLFONDOS, por lo que se dirigió allá y le dijeron que efectivamente estaba afiliado a esa entidad y le mostraron el formulario, el cual en su momento no lo leyó porque quien lo diligenció fue la asesora de COLFONDOS, no ha solicitado pensión a la AFP, desea retornar a COLPENSIONES porque su pensión en COLFONDOS sería

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

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

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

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

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

muy baja por el capital que tiene, por lo que siente que no se cumplen sus expectativas pensionales. Indicó que la persona que lo afilió no era una asesora sino una “vendedora”, por lo que, reitera que no recibió información por parte de COLFONDOS, el seguro (en referencia al ISS) o su empleador, sabía que COLFONDOS era una empresa particular pero no sabía las condiciones en las que se iba a pensionar, fue a COLFONDOS cuando se enteró que estaba afiliado a esa entidad, el día de la afiliación le suministró unos datos a la “vendedora” y le dijo que no lo afiliara hasta tanto él lo autorizara, sin embargo dicha vendedora nunca lo volvió a contactar y en sus desprendibles seguía llegando “COLPENSIONES COLPENSIONES” por lo que creyó que esa era la entidad a la que estaba afiliado y fue cuando se acercó allá y le dijeron que estaba en COLFONDOS, reiteró que firmó el formulario pero que le manifestó a la señorita que no lo afiliara hasta que él autorizara, cuando quiso volver a COLPENSIONES ya le indicaron que estaba en la prohibición de los diez años. Refirió que su empleador al momento del traslado era el Ejército nacional, que es diseñador gráfico y trabajaba en la dirección de inteligencia, que suscribió el formulario en la guardia del batallón porque a los asesores no los dejaban ingresar, nunca averiguó si realmente el ISS se iba a acabar porque en el ejército “si dan una orden, así sea civil o militar se debe cumplir”, no sabe para qué eran los beneficiarios suscritos en el formulario ni el destino de sus aportes si llegase a morir.

Conforme al material probatorio recaudado y una vez analizado el interrogatorio absuelto por el demandante, para la Sala es claro que la AFP COLFONDOS no demostró el cumplimiento al deber de información en el momento que SIERRA PINTO decidió trasladarse de régimen, ya que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado y, conforme a las respuestas brindadas por el demandante, contrario a lo afirmado por la entidad pública, no se evidencia que haya sido informado de manera acorde a las disposiciones normativas, por lo anterior, la AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen de

ahorro individual, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

En cuanto a la prohibición expuesta en la Ley 797/2003 la Sala no desconoce su existencia, no obstante, es preciso indicar que el objeto de discusión dentro del proceso se centró en determinar si el traslado realizado a la AFP COLFONDOS S.A. cobra efectos jurídicos o es ineficaz, como se demostró finalmente, por lo que, al aplicarse las consecuencias propias de la declaración de ineficacia, se realiza la ficción jurídica de que el demandante siempre permaneció afiliado al RPM, por tanto, no le es aplicable la prohibición dispuesta en la mencionada norma.

Ahora bien, es preciso indicar que situaciones como el no informarse el afiliado por su cuenta, los traslados horizontales que se realicen entre AFP o cualquier otra situación posterior al momento en que se materializó el traslado de régimen no convalidan o subsanan la falta al deber de información que le asistía al fondo privado en el momento preciso del traslado como se indicó en precedencia, ya que la información debe brindarse de manera oportuna, situación que ya ha sido estudiada por la SL CSJ, entre otras en la SL 853 DE 2022 M.P. Carlos Alberto Guarín Jurado⁴. De igual manera, es oportuno recordar que la tesis de los Actos de relacionamiento, la cual pretende citar COLPENSIONES al mencionar que la

⁴ "Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 **el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.**" (Negrilla y subrayado fuera del texto).

permanencia prolongada en el RAIS por parte del actor demuestra su deseo de afiliarse a él, se precisa que esa tesis fue recogida en diversas sentencias proferidas por la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ, sin embargo, dicha Sala no estaba facultada para dictar jurisprudencia y, al ser el asunto discutido por la Sala Permanente de la Honorable Corte, se ha llegado a la conclusión que actos como los traslados horizontales, la permanencia por muchos años en el RAIS o la realización de aportes voluntarios no pueden sanear una falta en la que incurrió la AFP, por lo anterior, para la Sala es claro que el traslado de régimen realizado por SIERRA PINTO es nulo, en razón a que no fue informado debidamente al momento del mismo, por lo que no hay forma de considerar que dicho traslado fue plenamente voluntario como pretende la apelante COLPENSIONES, razón por la cual, se mantendrá incólume la decisión de declarar la nulidad del traslado de régimen.

Como quiera que no fuera formulado ningún otro reparo a la decisión, son suficientes los argumentos para **CONFIRMAR** la sentencia.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

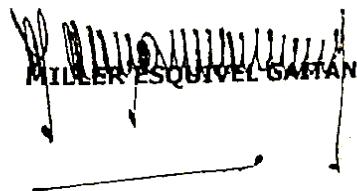
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALBERTO GOMEZ CRUZ CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR. Rad. 2019 00790 01 JUZ 09.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ALBERTO GOMEZ CRUZ demandó a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado a Colpensiones de todos los dineros causados en su cuenta de ahorro individual.
- Reactivación de la afiliación del actor en el RPM.
- Perjuicios morales, tasados en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 15 de junio de 1955, se afilió al ISS en el año 1987, en septiembre de 2004 se trasladó de régimen y suscribió un formulario de afiliación con PORVENIR, pese a lo anterior su empleador siguió haciendo aportes al ISS. Cuando se cambió de régimen no recibió la información técnica y adecuada, no se le aviso de los riesgos, ventajas y desventajas así como el alcance de la decisión en cuanto a su bono pensional o el valor de la pensión. Dijo que PORVENIR le hizo una proyección de la mesada pensional en la que se evidencia que su mesada es más desfavorable en el RAIS

(\$828.116) que en el RPM (\$3.295.000), lo que permite inferir que el consentimiento del demandante estuvo viciado y su decisión es nula. Agotó la reclamación administrativa el 25 de septiembre de 2019, fecha en la que también elevó derecho de petición a PORVENIR. La falsa expectativa del asesor de la AFP le generó una incertidumbre sobre sus ingresos para subsistir después de su vida laboral, lo que le a ocasionado un estado de angustia permanente al no poder tener un ingreso acorde con la calidad de vida y salario.

Actuación procesal

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y vinculación al ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actor jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. contestó como consta en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la solicitud de reingreso al RPM
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Noveno Laboral del Circuito puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 06 de abril de 2022, en la cual dispuso:

"PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Alberto Gómez Cruz, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir, el 27 de julio de 2004.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Alberto Gómez Cruz, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

CUARTO. DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto de los perjuicios morales y no probadas las demás excepciones.

QUINTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones instauradas en su contra.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva."

Llegó a esa determinación en síntesis al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

Demandante: no está de acuerdo en absolver a Colpensiones de la condena en costas, las cuales procedente conforme las previsiones descritas en el art. 365 del CGP.

La AFP Porvenir: pide se revoque la totalidad del fallo, considera que el traslado si es válido, el demandante firmó y se adhirió a las condiciones del régimen, lo que ratificó con la firma del formulario el cual fue libre y voluntario. Dijo que si bien el deber de información ha tenido varias etapas, la AFP se ha ajustado a cada exigencia

según la época. La única prueba con la que debía cumplir era con el formulario que está ajustado a las exigencias de la Supersociedades. Tampoco está de acuerdo con la orden de devolver los gastos de administración, porque ese es un descuento legal, se generó beneficios por la buena gestión y además carece de lógica pretender devolver las cosas al estado anterior como si nunca hubieran existido y que ese efecto no se extienda sobre esta orden.

Colpensiones indicó que en el proceso no se demostró la existencia de vicios en el consentimiento, el demandante no tenía ninguna expectativa legítima, no era beneficiario del régimen de transición, para la época del traslado se cumplió con cada exigencia que la Ley exigía, y además el demandante solo demostró su desinterés en sus condiciones pensionales durante todo este tiempo.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No presentó alegatos en esta instancia.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. ratificaron lo manifestado en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación", el cual se limita a establecer si se debe mantener la ineficacia del traslado ordenada por el A quo con todas las consecuencias determinadas por la jurisprudencia de la SL CSJ para el caso y si se debe condenar en costas a COLPENSIONES.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario radicado el 25 de septiembre de 2019 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS, y que su vinculación data del 27 de julio de 2004, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A.

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora el 27 de julio de 2004 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que

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

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

gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La Sala trae a colación la sentencia SL2817 de 2019, donde adoctrino que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

“Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional” y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido”.

Sin embargo, las demandadas no acreditaron haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (expediente digital) en la que reposa la firma del demandante, documental que no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado, pues no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para

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

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

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

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

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

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

pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

La AFP Porvenir, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994. Sin embargo, no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el cálculo del IBL del demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara una decisión óptima aplicable a su caso en particular. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, pues se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

“Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria”

Respecto a lo afirmado por los recurrentes sobre la exigencia de una prueba a cargo de las AFP, se reitera que el deber de información es una obligación que existía desde la creación del sistema de seguridad social y que en virtud de la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a la administradora de pensiones aportar el material probatorio que dé cuenta de ello, sin limitar el medio de prueba que se pretenda hacer valer en su defensa.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".

En ese orden, al no haber ejercido su carga probatoria en debida forma, se concluye que la decisión de la juez se ajusta no solo a la realidad de las pruebas recaudadas en el proceso, sino además esta acorde con lo enseñado por la SL CSJ para estos casos.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que

se hallaría si el acto no hubiese existido jamás , es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir S.A. a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Y esto es así porque son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁴) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Costas

La parte actora alega que conforme las disposiciones del artículo 365 del Código General del Proceso, se debe condenar en costas a COLPENSIONES porque es una demandada que se opuso a las pretensiones del proceso y fue vencida en juicio, argumento que resulta válido y procedente, por lo que, en aplicación de la norma referida, La Sala **adiciona la sentencia** únicamente en cuanto a la procedencia de la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

COSTAS

Las de primera se **adicionan** en los términos antes descritos. Las de alzada estarán a cargo de las demandadas apelantes (PORVENIR y COLPENSIONES) ante la

⁴. El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

improsperidad de los recursos por ellas interpuestos. Fíjense la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR el ordinal sexto de la sentencia apelada, **únicamente** en lo que respecta a la **condena en COSTAS** a cargo de **COLPENSIONES**.

SEGUNDO. - En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de abril de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO.- COSTAS, Las de alzada estarán a cargo de las demandadas apelantes (Colpensiones y Porvenir). Fíjense la suma de Un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

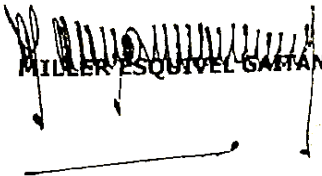
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VILMA CLARITZA ÁLVAREZ CRISTANCHO CONTRA COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS. Rad. 2020 00226 01 Juz 14.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

VILMA CLARITZA ÁLVAREZ CRISTANCHO demandó a COLPENSIONES y a COLFONDOS, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Ineficacia del traslado del RPM al RAIS
- Devolución a Colpensiones de todos los dineros causados en virtud de la afiliación al RAIS.
- Se actualice si afiliación al RPM y la historia laboral.
- Costas
- Uso de las facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 27 de septiembre de 1960. En el año 2003 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, sin que en esa época se hubiese suministrado información veraz y completa de las consecuencias del cambio de régimen pensional, durante toda la vinculación no recibió ningún tipo de asesoría ni capacitación sobre cuál sería su futuro al llegar a la edad de disfrutar su pensión. Tampoco se le informó del plazo con el que contaba para retornar al RPM.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES tal como se verifica en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación al RPM, fecha de nacimiento de la actora y vinculación al ISS.
- Formuló como excepciones de fondo: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó así:

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó el hecho relacionado con la edad de la actora.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 09 de agosto de 2021 de la presente anualidad mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

"PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora **VILMA CLARITZA ÁLVAREZ CRISTANCHO**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por LA A.F.P. COLFONDOS S.A., señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO. – CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO. – ORDENAR a COLPENSIONES incluir en la Historia Laboral de la demandante las cotizaciones que hizo a la AFP y activar su afiliación.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción."

Llegó a esa determinación al advertir en síntesis que la AFP demandada no cumplió con su deber probatorio en los términos expuestos por la SL CSJ y en ese norte accedió a declarar ineficaz el traslado que la actora hizo al RAIS en julio de 2003 con la AFF COLFONDOS con las consecuencias que la Corte ya ha enseñado.

Recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión Colpensiones interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Precisa que el A quo no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, ya que la entidad es un tercero ajeno al acto jurídico que celebró el actor con COLFONDOS y por esa razón no se puede ver perjudicado. Considera que la decisión del A quo afecta derechos fundamentales como el de la seguridad social. En caso de confirmarse la decisión, pide se traslade la totalidad de los dineros que se causaron con motivo de la afiliación del actor al RAIS como lo son el seguro previsional y los gastos de administración, y que no se le condena en costas, porque reitera, esta entidad no participó entre los negocios jurídicos que llevaron a cabo la demandante y la AFP.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No allegó en esta instancia.

Parte demandada: No allegó en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C.P.T. y S.S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si es dable ordenar el traslado de VILMA CLARITZA ÁLVAREZ CRISTANCHO al RPM y las consecuencias económicas que se derivan de esa decisión.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta que dio COLPENSIONES a la demandante que data del 14 de julio de 2020, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se trasladó de régimen el 18 de julio de 2003 a la AFP COLFONDOS, tal como se verifica de la consulta del SIAF.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más

le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien, la actora el 18 de julio de 2003 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS, con el cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COLPENSIONES indica que es un tercero de buena fe, que no intervino en el negocio jurídico que fue adelantado entre la promotora del proceso y la AFP COLFONDOS, y que de confirmarse la sentencia, se debe ordenar la devolución de todas las sumas de dinero que se causaron en virtud de la afiliación de la actora al RAIS. Pues bien, lo primero que se ha de indicar es que La Sala no desconoce la calidad de tercero que alega el recurrente, quien en efecto, es ajeno al acto de afiliación, no obstante y pese a esa situación, es el llamo a recibir y responder por los aportes efectuados por ÁLVAREZ CRISTANCHO de forma retroactiva, por ser el actual administrador del RPM, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020³), además de proteger el derecho a la seguridad social de la demandante y del sistema en general.

Aunado a lo anterior, y en consonancia con lo enseñado por la jurisprudencia de la SL CSJ, es claro son que son las Administradoras las que deben asumir el deterioro

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

⁴. El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

sufrido por el bien administrado, lo que se traduce en la obligación de devolver todas las sumas de dinero causadas en virtud de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido a la AFP realizar deducción alguna por gastos de administración; de ahí que la juez en la sentencia apelada haya dispuesto en el ordinal segundo condenar a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, "saldo total" que se debe entender como el que responde a todos los dineros causados en virtud de la afiliación aquí descritos.

Ahora, expone Colpensiones en el recurso de alzada que no se le debe condenar en costas precisamente porque es un tercero ajeno al traslado, no obstante, olvida el apelante que conforme las previsiones del art. 365 del CGP, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, por ende, se tiene que la condena en costas a las demandadas prevista en el ordinal quinto de la sentencia está ajustado a derecho.

Bajo estas consideraciones, La Sala **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

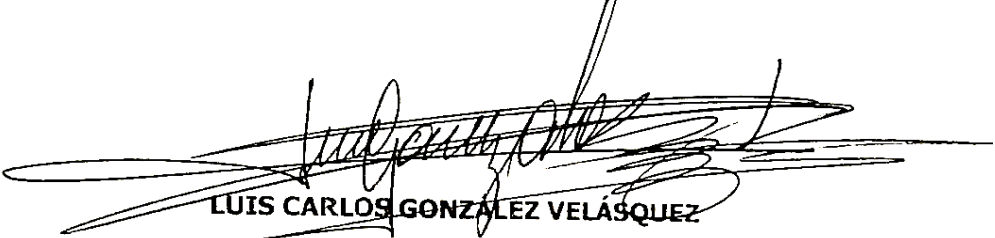
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD
SANITAS S.A. - EPS SANITAS S.A. contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA
SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Rad. 2016 - 00381- 01. Juz. 15.**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. demandó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 anverso y 5:

PRINCIPALES:

- Se declare la responsabilidad de LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y POTECCIÓN SOCIAL en los perjuicios causados a la EPS SANITAS S.A. con ocasión al daño antijurídico derivado del rechazo infundado de 122 recobros cuyo costo asciende a la suma de \$49.310.734
- Se condene a la demandada al pago de la indemnización por daño emergente por la suma de \$49.310.734
- Se declare la responsabilidad de LA NACIÓN MIISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL en los perjuicios causados en la modalidad de daño emergente causado a la EPS SANITAS por la suma de \$4.931.073 por concepto de gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS objeto de la demanda.
- Se condene a la demandada al pago de la suma de \$4.931.073 en la modalidad de daño emergente
- Intereses moratorios conforme al artículo 4º del Decreto 1281 de 2002

- Costas del proceso

SUBSIDIARIAS:

- Actualización de las sumas adeudadas conforme al IPC desde el vencimiento del plazo para el pago hasta el pago efectivo.

Los hechos y pretensiones de la demanda se describen a fls. 5 anverso a 11. Manifiesta que EPS SANITAS autorizó y cubrió la prestación de los servicios, medicamentos insumos y procedimientos no incluidos en el POS que relaciona a folios 5 a 8, por cuanto tenían como fundamento diversas órdenes dadas en acciones de tutela y/o decisiones del Comité Técnico Científico.

Una vez prestados los servicios, las IPS radicaron ante la EPS SANITAS las facturas de venta acompañadas de los soportes que acreditaban la prestación del servicio y la actora procedió a elevar su reclamación al administrador del encargo fiduciario FOSYGA mediante diligenciamiento de los formatos de radicación de solicitudes establecidos por el entonces Ministerio de la Protección Social por un total de 122 solicitudes de cobro en 197 ítems unificados por usuario junto con los soportes los que fueron glosados por el FOSYGA lo que fue objetado por la EPS SANITAS respecto de las presuntas fallas detectadas por la auditoría.

Con la negativa del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL notificada por el FOSYGA se puso fin a la actuación administrativa correspondiente y el 18 de diciembre de 2015 se efectuó por segunda vez la reclamación al Ministerio de Salud y Protección Social lo que genera un perjuicio y gastos de índole administrativo adicionales.

Actuación Procesal

Resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura el conflicto de competencia mediante auto del 17 de agosto de 2017, que asignó el conocimiento del presente asunto a la jurisdicción ordinaria, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la demanda por auto del 3 de abril de 2018 (fl. 1331) en el que ordenó vincular a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y notificar a la AGENCIA NACIONAL DE

DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. Notificadas las accionadas y corrido el traslado respectivo, contestaron la demanda en los siguientes términos:

LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (Fls. 1336 a 1351)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó la reclamación presentada ante el FOSYGA, pero aclaró que dicha dirección fue suprimida y en su lugar fue creado el ADRES. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda.
- Formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación solidaria por la adscripción administrativa de la descentralización y sus efectos, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada.

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES se tuvo como sucesora procesal mediante auto del 8 de octubre de 2018 y contestó la demanda como se observa a fl. 1364 a 1394 y 1409 a 1410.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no le constan los hechos
- Formuló como excepciones previas las de falta de integración del litis consorcio necesario y la de prescripción y como excepciones de fondo las de culpa exclusiva de la EPS RECOBRANTE, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad de la demandada, improcedencia del pago de intereses moratorios, la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 13 de mayo de 2021 en la cual CONDENÓ a ADRES a pagar a favor de la EPS SANITAS S.A. la suma de \$2.375.708 por concepto de 34 recobros debidamente indexada desde el 7 de junio de 2016 hasta su pago efectivo. ABSOLVIO a la ADRES de las pretensiones de los demás recobros invocados y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada. Condenó en costas a ADRES

Llegó a esa determinación luego de encontrar acreditada la reclamación administrativa y de analizar las documentales aportadas al proceso y las excepciones propuestas. Señaló que la Ley 100 de 1993 establece unos parámetros y requisitos para el recobro de estos servicios y que en el caso en particular conforme al dictamen pericial no se encuentran incluidos dentro del POS relacionó otros que se encuentran financiados por el POS y algunos respecto de los cuales prospera la excepción de prescripción.

Especificó por número, los recobros respecto de los cuales no cumplía los requisitos por no allegar el fallo de tutela y los que se pagaban por cumplir los requisitos conforme lo ha indicado en otras oportunidades por el Tribunal Superior de Bogotá. En cuanto a los recobros No. 22351456 y 22575832, 23093646 señaló que no se pagan por ser POS. Manifestó que, de acuerdo al dictamen, existen algunos que se relacionaron en la sentencia, que no se pagan por no tener la correspondiente imagen o porque se aportó solo lo correspondiente a la parte resolutive del fallo. De conformidad con el mismo dictamen pericial ordenó el pago de \$2.375.708 debidamente indexados a la fecha de pago.

Respecto al pago de los intereses moratorios manifestó que no proceden al igual que los gastos administrativos.

Recurso de apelación

Parte demandante.- Manifiesta que no interpone recurso respecto de las facturas que conforme al dictamen se concluyó que se encontraban en el POS por lo que no deben reconocerse. Interpone recurso respecto a la excepción de prescripción y en relación con las facturas que no están incluidos en el POS ya que indica que de acuerdo con la Resolución 3099 la EPS cumplió con la obligación de presentar la documental correspondiente de forma completa, que cuando se presentó la demanda hacían falta solo dos imágenes correspondientes a los recobros 101955111 y 102058354 por lo que se solicitó en la demanda que la demandada ADRES aportara las imágenes por cuanto la demandante no contaba con ellas y que es ADRES quien tiene la custodia del documento. Frente a los otros recobros reitera que se observan las imágenes respectivas a los fallos que el despacho echa de menos, por lo que solicita se verifique la existencia de estos documentos.

Respecto al grupo negado solicita que el análisis se realice no solo respecto a la expresado por el perito en relación con la prescripción, ya que en el proceso 12-2014-678 el Tribunal concluyó que se debe contar el término a partir de la data en que se prestó el servicio con la presentación de la factura el cual queda suspendido durante el trámite administrativo, por lo que no es solo los 3 años sino en cada caso en particular incide directamente en la contabilización de dicho término, la suspensión durante el trámite administrativo.

En cuanto a los intereses moratorios también considera que deben ser objeto de condena acorde con lo que ha indicado el Tribunal en otros casos y conforme a los Decretos 4747 y 1281.

La parte demandada ADRES. - Interpone recurso por cuanto señala que conforme a los medios de prueba se evidencia el incumplimiento de los requisitos previstos en la ley para la presentación de los recobros. Que se da el fenómeno de la prescripción ya que no se puede aplicar el artículo 151 del C.S.T., conforme a la sentencia 11001310501220140042101 del 14 de noviembre de 2017 de este Tribunal, que señaló que el término de prescripción sería de 2 años. Que la demandada debió dar aplicación al artículo 36 del Acuerdo 029 de 2011 y respecto al recobro 25865302 "lancete glucometría" se debe tener en cuenta el artículo 60 de la Resolución 5521 de 2013. Manifiesta que los recobros fueron presentados en los años 2012 a 2014 por lo que eran aplicables el Acuerdo 029 de 2011 y la Resolución 5521 de 2013. Por último, indicó que la indexación no era procedente.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: EPS SANITAS presenta alegatos en esta instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: ADRES presenta alegatos en esta instancia, solicitando no afectar los intereses del Estado al obligarse a realizar un doble pago a través de recursos que son obligación del Estado proteger, asumiendo una negligencia de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

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

Reembolso de servicios NO POS.- Para resolver los recursos de apelación de ambas partes y la revisión en consulta del presente asunto, es necesario traer a colación la Ley 715 de 2001 y la Ley 100 de 1993 que consagraron que el reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de la EPS estaban a cargo del hoy extinto Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), no obstante, con la creación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, esta es la Entidad responsable del adecuado flujo y control de los recursos del SGSSS, por lo que asumió el pago de los recobros bajo los parámetros establecidos en la Resoluciones Nos. 3099 de 2008 y 5395 de 2013, que regulan los procedimientos, tiempos y requisitos para el trámite de recobros por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, los POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

De acuerdo con lo dispuesto en las citadas resoluciones, es procedente el recobro de los medicamentos no incluidos en el POS, en dos eventos:

- Cuando se trata de un procedimiento practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y
- Cuando el procedimiento requerido por el paciente ha sido autorizado por el Comité Técnico Científico – CTC.

Las Resoluciones 3099 de 2008 y 5395 de 2013 establecen los requisitos para la presentación de las solicitudes de recobro y los artículos 9 y 12, respectivamente, establecen que para el pago de recobros y las solicitudes de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela, deberán diligenciarse en el formato denominado "formulario radicación de

solicitudes de recobros” y su anexo “relación de solicitudes de recobro” y a cada solicitud se debe anexar la copia del acta del Comité Técnico Científico – CTC o del fallo de tutela, así como la copia de la factura de venta o documento equivalente.

Por su parte los artículos 14 y 15 de la Resolución 5395 de 2013 y en los 10 y 11 de la Resolución 3099 de 2008 se determinan los requisitos específicos para los recobros por servicios no incluidos en el POS pero autorizados por el Comité Técnico Científico o autorizados por un fallo de tutela, casos en los cuales se debe allegar, cuando se trate de CTC, formato de "solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no pos-ctc", numerada consecutivamente por cada paciente, fecha de elaboración y número del acta, datos de identificación del afiliado o paciente, diagnóstico, descripción y código, entre otros; y cuando se trate de fallo de tutela, la copia del fallo de tutela, copia simple de la factura de venta o documento equivalente, instrumento que evidencie la entrega del medicamento, servicio médico o prestación de salud.

La parte demandante no interpone recurso respecto de las facturas que conforme al dictamen se encontraban en el POS por lo que no deben reconocerse como en efecto lo dispuso el juzgado de primera instancia. Interpone recurso respecto a la excepción de prescripción y en cuanto a las facturas negadas en la sentencia con fundamento en que no contaban con el respaldo documental. Señala que cuando se presentó la demanda hacían falta solo dos imágenes correspondientes a los recobros 101955111 y 102058354 por lo que se solicitó en la demanda que la demandada ADRES aportara las imágenes. Manifiesta que efectivamente se observan las imágenes respectivas a los fallos que el despacho echa de menos por lo que solicita se verifique la existencia de estos documentos. Recurre también en relación con la declaratoria de la excepción de prescripción para lo que argumenta que se debe tener en cuenta que el término se suspende mientras la demandada adelantaba el trámite administrativo para resolver la reclamación.

Pago de facturas con fallo de tutela anexo. - En consonancia con lo anterior se procede a revisar la documental aportada (imágenes de recobros) a fin de establecer si respecto a las facturas que allí se relacionan se aportó el fallo de tutela que ordenaba la prestación de los servicios.

FACTURA	RADICACIÓN	ITEMS	FECHA GLOSA	VALOR	OBSERVACION
---------	------------	-------	-------------	-------	-------------

22351456	2009-06-01		26/08/2009	5,468.00	PRESCRITO. - NO HAY FALLO DE TUTELA
22575832	2009-08-14		26/10/2009	1,768.00	PRESCRITO. - NO HAY FALLO DE TUTELA
23093646	2010-02-15		29/04/2010	9,268.00	PRESCRITO. - NO HAY FALLO DE TUTELA
25654154	2013-04-11	(3 ÍTEMS)	20/06/2013	899,280.00	INCLUIDOS EN EL POS. NO HAY FALLO TUTELA
25669799	2013-04-12		20/06/2013	238,249.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25669883	2013-04-12		20/06/2013	19,950.00	SI HAY FALLO. MARTHA CAICEDO JUZ. 13 CIVIL MPAL CALI- PRESCRITO
25670846	2013-04-12		20/06/2013	72,955.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25670929	2013-04-12		20/06/2013	27,701.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25671220	2013-04-12	(2 ÍTEMS)	20/06/2013	118,102.00	PAGAR
25671606	2013-04-12	(2 ÍTEMS)	20/06/2013	150,125.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25671745	2013-04-12	(6 ÍTEMS)	20/06/2013	544,239.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25719785	2013-05-10		23/07/2013	16,000.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25720032	2013-05-10		23/07/2013	149,500.00	PAGAR
25720572	2013-05-10	(2 ÍTEMS)	23/07/2013	37,986.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25720844	2013-05-10		23/07/2013	70,690.00	PAGAR
25721060	2013-05-10		23/07/2013	16,000.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25735032	2013-05-14		23/07/2013	68,750.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25735536	2013-05-14	(3 ÍTEMS)	23/07/2013	219,750.00	PAGAR
25737510	2013-05-14		23/07/2013	559,200.00	INCLUIDO EN EL POS. NO HAY FALLO TUTELA
25737541	2013-05-14		23/07/2013	559,200.00	INCLUIDO EN EL POS. NO HAY FALLO DE TUTELA
25737584	2013-05-14		23/07/2013	12,138.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25737680	2013-05-14		23/07/2013	39,899.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25737722	2013-05-14		23/07/2013	559,200.00	INCLUIDO EN EL POS. NO HAY FALLO DE TUTELA
25738535	2013-05-14	(3 ÍTEMS)	23/07/2013	50,340.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25746231	2013-05-15		23/07/2013	26,321.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25746261	2013-05-15		23/07/2013	16,000.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25746757	2013-05-15		23/07/2013	17,241.00	SI HAY FALLO. JUZ 22 PENAL MPAL DE BUCARAMANGA DANIEL REINOSO
25747018	2013-05-15		23/07/2013	536,795.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25747706	2013-05-15		23/07/2013	1,046,280.00	INCLUIDO EN EL POS
25748279	2013-05-15		23/07/2013	776,410.00	INCLUIDO EN EL POS
25756805	2013-05-15		23/07/2013	31,392.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25756917	2013-05-15		23/07/2013	2,419,976.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25791432	2013-06-13		23/07/2013	36,501.050	PAGAR
25791545	2013-06-13		16/08/2013	45,350.00	PAGAR
25794425	2013-06-13		16/08/2013	61,000.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25808250	2013-06-14		16/08/2013	26,321.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25808415	2013-06-14		16/08/2013	16,000.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25809292	2013-06-14		16/08/2013	151,798.00	PAGAR
25809665	2013-06-14		16/08/2013	1,918,040.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25822197	2013-06-17		16/08/2013	129,656.00	PAGAR
25822277	2013-06-17		16/08/2013	19,450.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25822442	2013-06-17		16/08/2013	234,720.00	INCLUIDO EN EL POS

25824155	2013-06-17		16/08/2013	61,250.00	PAGAR
25826232	2013-06-17	(2 ÍTEMS)	16/08/2013	44,860.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25826261	2013-06-17	(2 ÍTEMS)	16/08/2013	26,321.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25826305	2013-06-17	(2 ÍTEMS)	16/08/2013	44,860.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25864782	2013-07-15		16/09/2013	50,200.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25864884	2013-07-15	(3 ÍTEMS)	16/09/2013	176,163.00	PAGAR
25864945	2013-07-15		16/09/2013	29,500.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25864997	2013-07-15	(3 ÍTEMS)	16/09/2013	216,810.00	PAGAR
25865015	2013-07-15	(2 ÍTEMS)	16/09/2013	125,606.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25865064	2013-07-15		16/09/2013	30,701.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25865070	2013-07-15		16/09/2013	111,000.00	PAGAR
25871272	2013-07-15		16/09/2013	218,569.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25871307	2013-07-15		16/09/2013	30,701.00	PAGAR
25871531	2013-07-15		16/09/2013	97,019.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25871570	2013-07-15	(8 ÍTEMS)	16/09/2013	342,096.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25872494	2013-07-15	(4 ÍTEMS)	16/09/2013	268,260.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25884374	2013-07-15	(3 ÍTEMS)	16/09/2013	176,010.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25884484	2013-07-15		16/09/2013	226,072.00	PAGAR
25884509	2013-07-15	(2 ÍTEMS)	16/09/2013	149,542.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25884781	2013-07-15	(2 ÍTEMS)	16/09/2013	948,835.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25885223	2013-07-15	(3 ÍTEMS)	16/09/2013	179,160.00	PAGAR
25885656	2013-07-15		16/09/2013	215,436.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25885701	2013-07-15		16/09/2013	62,900.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25886189	2013-07-15		16/09/2013	216,810.00	PAGAR
25886505	2013-07-15	(2 ÍTEMS)	16/09/2013	138,640.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25886560	2013-07-15	(3 ÍTEMS)	16/09/2013	41,208.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25886578	2013-07-15	(3 ÍTEMS)	16/09/2013	176,163.00	PAGAR
25886721	2013-07-15		16/09/2013	50,200.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25888300	2013-07-15		16/09/2013	120,566.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25888732	2013-07-15		16/09/2013	218,569.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25888798	2013-07-15		16/09/2013	115,110.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25888949	2013-07-15		16/09/2013	512,492.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25889094	2013-07-15		16/09/2013	218,569.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25922465	2013-08-13		21/10/2013	28,201.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25922523	2013-08-13		21/10/2013	68,201.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25922531	2013-08-13		21/10/2013	68,201.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25923074	2013-08-13		21/10/2013	26,150.00	SI HAY FALLO. TUTELA JUZ 5º CIVIL MPAL TUNJA CAMILA ALVAREZ
25923135	2013-08-13		21/10/2013	74,771.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25923147	2013-08-13		21/10/2013	74,771.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25923704	2013-08-13		21/10/2013	105,300.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25924132	2013-08-13		21/10/2013	151,678.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25924410	2013-08-13		21/10/2013	45,753.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25924423	2013-08-13		21/10/2013	54,971.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25924503	2013-08-13		21/10/2013	171,951.00	PAGAR
25924658	2013-08-13		21/10/2013	12,097,579.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25924801	2013-08-13		21/10/2013	91,896.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25925100	2013-08-13	(2 ÍTEMS)	21/10/2013	111,468.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25925165	2013-08-13		21/10/2013	18,036.00	PAGAR
25925385	2013-08-13		21/10/2013	19,752.00	SI HAY FALLO. JUZ. 2º PENAL MAPL DE OCAÑA
25925417	2013-08-13		21/10/2013	1,013,890.00	NO HAY FALLO DE TUTELA

25925926	2013-08-13		21/10/2013	152,820.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25926331	2013-08-13	(6 ÍTEMS)	21/10/2013	294,272.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25926333	2013-08-13		21/10/2013	22,562.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25927629	2013-08-13	(2 ÍTEMS)	21/10/2013	269,950.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25927749	2013-08-13		21/10/2013	88,199.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25927955	2013-08-13		21/10/2013	41,245.00	PAGAR
25928050	2013-08-13		21/10/2013	139,350.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25939448	2013-08-14		21/10/2013	37,670.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25940042	2013-08-14		21/10/2013	74,066.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25942328	2013-08-14		21/10/2013	152,820.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25955450	2013-08-15	(4 ÍTEMS)	21/10/2013	295,889.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25955843	2013-08-15		21/10/2013	37,670.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25956009	2013-08-15	(2 ÍTEMS)	21/10/2013	159,938.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25956566	2013-08-15		21/10/2013	39,700.00	PAGAR
25956567	2013-08-15	(2 ÍTEMS)	21/10/2013	40,600.00	PAGAR
25956568	2013-08-15		21/10/2013	39,700.00	PAGAR
25958374	2013-08-15		21/10/2013	409,500.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25958448	2013-08-15		21/10/2013	1,919,181.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25958452	2013-08-15		21/10/2013	1,399,086.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25958653	2013-08-15		21/10/2013	14,036.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25958673	2013-08-15		21/10/2013	105,344.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
25991393	2013-09-10		22/11/2013	19,949.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
26099396	2013-09-10		19/12/2013	26,321.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
26152667	2013-11-14		06/02/2014	9,976,800.00	NO HAY FALLO DE TUTELA
26233735	2013-12-13		31/03/2014	48,000.00	PAGAR
101955111	2014-04-15		08/08/2014	364,020.00	NO HAY IMAGEN
102058354	2014-04-15		08/08/2014	298,230.00	NO HAY IMÁGENES
102058358	2014-04-15		08/08/2014	383,700.00	INCLUIDO EN EL POS
102058427	2014-04-15		08/08/2014	278,320.00	INCLUIDO EN EL POS. NO HAY FALLO
102058444	2014-04-15		08/08/2014	364,020.00	INCLUIDO EN EL POS. NO HAY FALLO

Revisada la documental aportada, se puede observar que contrario a lo indicado por el recurrente, no fueron aportados con las facturas correspondientes, los fallos de tutela de las facturas que se relacionaron en el cuadro anterior, pues en la mayoría solo se incluyó un resumen efectuado por la EPS en su formato de análisis en el que se transcribió la parte resolutive, pero sin que se allegara copia del fallo de tutela, solo en cuatro casos se pudo observar que se había aportado el fallo de tutela.

Es de tener en cuenta que la parte actora no especificó en el recurso de apelación cuáles eran las facturas que consideraba se encontraban con fallo de tutela, sino que de manera general indicó que solo faltaban dos, por lo que la sala procedió a revisar toda la documental.

La ADRES Interpone recurso por cuanto conforme a los medios de prueba se evidencia el incumplimiento de los requisitos previstos en la ley para la presentación de los recobros y al igual que la parte actora no especificó cuáles recobros no cumplía los requisitos; sin embargo, revisada la documental aportada se pudo constatar que las facturas respecto de las cuales se impuso condena cumplen con los requisitos de ley. Respecto al recbro 25865302 "lancete glucometría" no fue incluido en la condena.

En cuanto a la condena por las facturas que cumplieron los requisitos, es necesario señalar, que conforme al peritaje que NO fue objetado, corresponden a servicios NO POS y en consecuencia procede la condena.

Prescripción.- Para resolver se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución No. 003099 de 2008 "Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recbro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela" de la siguiente manera:

"Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recbro. [Artículo derogado por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013. Rige a partir del 1o. de octubre de 2013]

Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recbro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

Para efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.

En aquellos eventos que autoricen u ordenen prestaciones sucesivas, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se suministre el medicamento, servicio médico o prestación de salud, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor.

Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán presentar las solicitudes de recobro dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes.

Aquellos recobros que, transcurrido el término de los quince (15) días calendario de radicación ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, se les vence el término de los seis (6) meses señalados en la presente resolución, se entenderán presentados oportunamente, siempre y cuando, su radicación se efectúe dentro de los primeros quince (15) días calendario del siguiente mes.

Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes. El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado. (...)”

Igualmente, la Resolución No. 5395 del 24 de diciembre del 2013 dispone en el artículo 33 lo siguiente:

TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO. (Artículo derogado de manera gradual en los términos del de los artículo 93 y 94 de la Resolución 1885 de 2018) Las entidades recobrantes deberán adelantar las etapas de pre radicación y radicación de las solicitudes de recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto, dentro del año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Decreto-ley 019 de 2012.

El Decreto Ley 019 del 10 de enero del 2012 "por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública" indica en el artículo 111:

TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

"Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

A su vez el Decreto 4747 de 2007: «Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones» expresa:

"Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas

levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley.”

Como se puede concluir de las normas citadas, ninguna de ellas regula con claridad cuál es el término de prescripción, por lo que es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado donde analizó la naturaleza de estas facturas, como lo solicita el recurrente y en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró aplicable el código de Comercio que señala en el artículo 789 que “La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.” Y en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como

consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: "las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...".

Como en el caso en estudio se tiene que entre las partes procesales existió una relación comercial que llevó a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, las cuales tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilan a una letra de cambio, la acción que surge es la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y en consecuencia como las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, prescriben en tres años y no como lo pretende el recurrente.

Lo anterior, es acorde con las normas de prescripción del ordenamiento laboral, jurisdicción ante la cual se tramita el presente asunto que en el artículo 151 CPT consagra un término trienal de prescripción, al igual que los artículos 13 de la Ley 1753 de 2015 y artículo 237 de la Ley 1955 de 2019, por lo que se tendrá en cuenta para la prescripción el término de tres años.

Ahora, respecto de la prescripción que se declaró en la sentencia, se observa que solo se declaró en relación con tres facturas, que son las Nos. 22351456, 22575832 y 23093646, sin embargo, en razón a que no se allegó el fallo de tutela correspondiente a estas tres facturas, no es procedente condena alguna sobre ellas.

En cuanto a la factura 25669883 si bien se allegó el fallo de tutela a nombre de Martha Caicedo proferido por el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, la fecha de la prestación del servicio fue el 2013-04-12 y la glosa tiene fecha del 20/06/2013, por lo que al haber sido presentada la demanda el 5 de julio de 2016 (fl. 1316) ya había surtido sus efectos el fenómeno de la prescripción, por haber transcurrido más de 3 años entre la fecha de la glosa y la presentación de la demanda.

En la factura 25746757, la prestación del servicio se dio el 2013-05-15 y la glosa tiene fecha del 23/07/2013, por lo que al haber sido presentada la demanda el 5 de julio de 2016, no alcanzó a surtir sus efectos la prescripción, motivo por el que se incluirá dentro de la condena la suma de \$17,241.00, toda vez que obra en la documental aportada el fallo de tutela proferido por el Juzgado 22 Penal Municipal de Bucaramanga respecto del afiliado Daniel Reinoso.

En relación con la factura 25923074 el servicio se prestó el 2013-08-13 y la glosa tiene fecha del 21/10/2013, por lo que al haber sido presentada la demanda el 5 de julio de 2016 no transcurrieron los 3 años, por lo que no prescribió y en consecuencia se incluye en la condena la suma de \$26,150.00, pues se allegó el fallo de tutela del Juzgado 5º Civil Municipal de Tunja en relación con la afiliada Camila Álvarez.

En la factura 25925385 el servicio se prestó el 2013-08-13 y la glosa esta fechada el 21/10/2013 por lo que no se encuentra prescrita, pues a la fecha de presentación de la demanda no habían transcurrido los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.T.S.S, razón por la que se incluye en la condena la suma de \$19,752.00, pues se aportó el fallo de tutela proferido por el Juzgado 2º Penal Municipal de Ocaña.

Intereses de mora.- Sobre este aspecto la Sala tendrá en cuenta para resolver, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL945 del 8 de marzo de 2021 que sobre el tema explicó:

“Por tanto, si como se ha venido explicado, i) el sistema de flujo de caja regulado por el Decreto 1281 de 2001 es una herramienta creada por el legislador para garantizar la disponibilidad económica de los recursos en favor de los directos prestadores del servicio, que busca evitar la amenaza de los derechos de acceso de la población en general, por la desfinanciación y la mora en la disponibilidad de los recursos que sufren; ii) las EPS tienen derecho a recibir del Fosyga las fuentes provenientes tanto de las cotizaciones como de los aportes fiscales, para garantizar la prestación de servicios asistenciales se encuentren o no dentro del denominado plan obligatorio de salud y, iii) los intereses moratorios buscan menguar el impacto que genera la carencia de recursos oportunos y disponibles, no hay razón jurídica para comprender,

como lo insiste la impugnación, que no se le pueden reclamar los últimos determinados en mencionada fuente normativa.

Insiste la Corporación, los intereses en comento buscan paliar las consecuencias de desfinanciamiento que genera el pago tardío, inclusive, cuando se trata de los procedimientos originados en los llamados recobros regulados para el particular en la Resolución No. 3099 de 2008, modificada por las 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y 1089 de 2011, esto es, cuando tienen como propósito reintegrar al patrimonio de las EPS lo sufragado con recursos propios, respecto de prestaciones asistenciales que deben ser asumidas por el Estado, en el marco de los artículos 48 y 49 superiores.

En la mencionada sentencia la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta también lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia CE, 15 dic. 2016, rad. 11001-03-04-000-2005-00264-01, al reiterar la decisión «[...] del 29 de abril de 2010, a propósito del análisis de normas de la Resolución No. 002933 de 15 de agosto de 2006»; así como también, al ratificar el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del «[...] diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001- 03-06-000-2010-00086-00(2023)», concluyó que:

- i) Los intereses moratorios del artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, tienen un carácter resarcitorio con fundamento jurídico en el principio de la responsabilidad patrimonial de la administración pública del artículo 90 de la CP.
- ii) Un entendimiento literal de la norma, conlleva a que, para la causación de aquel crédito, baste con que se trate del cumplimiento tardío en el pago o giro de recursos del sistema de salud.
- iii) Desde un criterio finalista del precepto, estos cumplen una función disuasiva de retrasos injustificados, para conjurar una anomalía que afecta la prestación del servicio...”
- iv) (...)
- v) En consecuencia, en punto a la sistematicidad de la norma y la finalidad del sistema de salud, [...] al tenor del artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, en concordancia con los artículos 1º y 13 del mismo, que los recobros al FOSYGA por prestaciones no POS quedaron sujetos a la

tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales...”

Por consiguiente, como estos intereses están destinados a resarcir el retardo que afecta la materialización efectiva del servicio, razón por la cual deben reconocerse los intereses al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, toda vez que por tratarse de recobros al FOSYGA por prestaciones NO POS se encuentran sujetos a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y por tanto habrá de revocarse la sentencia en este aspecto para en su lugar condenar a la demandada a pagar los intereses en la forma indicada.

Ahora, como la sentencia de primera instancia dispuso el pago de la indexación, la cual corresponde a la actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de esta por el transcurso del tiempo, mientras que el interés moratorio equivale a una suma que comprende la corrección monetaria o indexación, se revocará la condena al pago de la indexación, toda vez que en esta instancia se reconoce el pago de los intereses de que trata artículo 4º del Decreto 1281 de 2002.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se **modificará parcialmente la sentencia de primer grado en sus numerales primero y segundo** para incluir en la condena el pago de los recobros excluidos en primera instancia con fundamento en la falta de copia de los fallos de tutela, por la suma de \$63.143,00.

Se resalta que al totalizar los valores de las facturas reconocidas por el juzgado arroja como total un valor superior al indicado en la condena, pero como ello no fue objeto de apelación por parte de SANITAS S.A. y la consulta se hace en favor de ADRES, solo se adiciona a dicho valor la suma de \$63.143 antes indicada, por lo que el total a pagar será de \$2.438.851. Igualmente se revocará la condena al pago de la indexación y en su lugar se reconocerán los intereses de mora, conforme las motivaciones precedentemente expuestas.

Costas. – Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2021, para incluir la suma de \$63.143 por concepto de facturas que cumplen con la documental respectiva, por lo que el valor total a pagar corresponde a la suma de \$2.438.851, y se revoca la condena al pago de la indexación, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

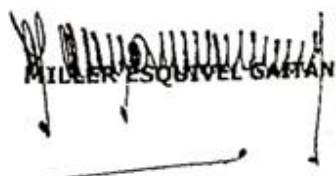
SEGUNDO. - REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia recurrida para en su lugar CONDENAR a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses de mora sobre las sumas adeudadas en la forma establecida en el 4º del Decreto 1281 de 2002.

TERCERO.- COSTAS.- Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAMÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA CONSUELO PÉREZ DE CASTILLO contra FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Rad. 2019-00669- 01. Juz. 17º.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA CONSUELO PÉREZ DE CASTILLO demandó al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 5 y 6.

- Se declare que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es el ente obligado al pago de la sustitución pensional a favor de la demandante y en consecuencia se condene al reconocimiento y pago de indexación de la primera mesada de la pensión restringida de jubilación reconocida en proceso judicial, con efectividad desde el 13 de mayo de 1995
- Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las diferencias resultantes entre los montos recibidos y la pensión debidamente indexada incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde cuando la demandante inició a disfrutar de su pensión.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 y 4. Manifiesta que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia asumió la carga prestacional de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, donde laboró el causante CARLOS JULIO CASTILLO VILLAMIL desde el 22 de septiembre de 1969 al 1º de febrero de 1986, esto es, por 16 años 3 meses y que según el boletín de

personal No. 219 del 27 de febrero de 1986 se le retiró por fallecimiento cuando desempeñaba el cargo de inspector de vías I. Departamento de Vías- Sección 4ª La Caro I Sector, División Central.

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 1º de marzo de 2002 confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el 31 de marzo de 2002, condenó al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reconocer y pagar la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite a la demandante a partir del 1º de febrero de 1986 en cuantía de \$40.057,03 calculada sobre el salario promedio del causante en la suma de \$61.626.20 y una tasa de remplazo del 65% sobre el 80%, por lo que la demandada profirió la Resolución No. 1495 del 28 de agosto de 2003 de reconocimiento pensional a partir del 13 de mayo de 1995 en cuantía de \$250.079

Que en el mencionado proceso no se reclamó el pago de la indexación de la primera mesada pensional y el 13 de marzo de 2018 solicitó su reconocimiento mediante comunicación radicada No. 2018-220-00460-2, que fue respondida negativamente según oficio GPE-20183140193931 de fecha 8 de octubre de 2018.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 28 de noviembre de 2019 (fl.58), corrido el traslado y notificada la demandada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contestó el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en los términos del escrito visible a fls. 61 a 67.

- Se opuso a las pretensiones, salvo la relacionada con haber asumido las obligaciones de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.
- Aceptó los hechos relacionados con la pretensión aceptada, la relación laboral que existió entre FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y el señor CARLOS JULIO CASTILLO VILLAMIL, los extremos de la relación laboral, la terminación del vínculo laboral por fallecimiento del trabajador, la pensión reconocida por sentencia proferida por el Juzgado 8º Laboral del Circuito, la liquidación efectuada y la reclamación presentada por la actora y la respuesta negativa. Manifestó que no son ciertos los hechos relacionados con la indexación de la primera mesada pensional.
- Formuló como excepciones de fondo las de cosa juzgada, prescripción y carencia de objeto.

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, avocó el conocimiento del proceso en cumplimiento de lo establecido en el literal b) del Artículo 5º del Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura (fl. 119)

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 18 de mayo de 2021 (fls. 25 a 27) en la que declaró que a la señora MARÍA CONSUELO PÉREZ DE CASTILLO le asiste el derecho a la indexación de la primera mesada pensional y condenó al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar como primera mesada pensional la suma de \$305.520,28 desde el 13 de mayo de 1995. Condenó igualmente a la demandada al pago de la suma de \$24.727.833,83 debidamente indexada por concepto de diferencias pensionales causadas desde el 13 de marzo de 2015 al 30 de abril de 2021. Declaró no probadas las excepciones de cosa juzgada y carencia actual de objeto y parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 13 de marzo de 2015 y condenó en costas a la demandada.

Para resolver señaló que obra en el proceso la resolución mediante la cual se le reconoció la sustitución de la pensión a la demandante por lo que no era objeto de controversia este aspecto. Respecto de la excepción de cosa juzgada manifestó que en relación con el proceso adelantado ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá existe identidad de partes, pero en cuanto a la identidad de objeto consideró que no se cumple el requisito de identidad, toda vez que allí se buscó un reajuste periódico y retroactivo de las mesadas pensionales, mientras que en este se busca la indexación de una pensión ya reconocida y se parte de una mesada ya reconocida en la Resolución expedida por la demandada, como tampoco de la identidad de causa pues allí se fundaba en el fallecimiento del trabajador y en el presente asunto se pretende la indexación de la mesada pensional reconocida a la demandante, motivos por los que declaró no probada la excepción de cosa juzgada.

En relación con las pretensiones señaló que se reconoció la sustitución pensional a la demandante a partir del 1º de febrero de 1986 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito, por lo que la demandada expidió la Resolución 1495 del 29 de agosto de 2003 que reconoció la sustitución pensional a la demandante con los respectivos reajustes anuales y respecto de la indexación de la primera mesada señaló que ella era procedente toda vez que conforme a la jurisprudencia, la pérdida del poder

adquisitivo afecta por igual a todos los pensionados y analizado el caso en particular, consideró que en este caso pasó un lapso de tiempo importante entre el fallecimiento del causante y la fecha en que esta fue reconocida (SL-736 de 2013 y SL1011 de 2021), de lo que concluyo que conforme a los folios 45 y 46 del plenario pasó un tiempo considerable entre el fallecimiento del trabajador y la fecha en que se reconoció la pensión ala actora, durante el cual no se dio un incremento ala base de liquidación, por lo que aplicó la fórmula indicada por la Corte Suprema de Justicia para indexar la mesada pensional para el 13 de mayo de 1995 en la suma de \$305.520,28

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción para las diferencias causadas con anterioridad al 13 de marzo de 2015 para lo que tuvo en cuenta la fecha de la reclamación presentada por la actora a la demandada y reconoció el retroactivo a partir del 13 de marzo de 2015 hasta el 30 de abril de 2021 en cuantía de \$24.727.833,83.

APELACIÓN

La demandada interpuso recurso de apelación para lo que manifestó que si bien hubo un reconocimiento pensional por parte de la demandada a la actora por el fallecimiento del trabajador; cuando se efectuó el reconocimiento pensional se tuvieron en cuenta todos los factores salariales y también los factores propios del cálculo a tomar en cuenta para las pensiones de los servidores públicos, calidad que ostentaba el causante, por lo que en su momento se determinó que el valor de la mesada era el reconocido en la resolución, y por ello consideró que la decisión de esta instancia no es la adecuada para el momento en que se estableció el valor de la mesada.

ALEGATOS

Sin alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

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

determinar si es procedente el reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional a la demandante.

El requisito de procedibilidad se encuentra acreditado conforme al folio 50 del expediente y la respuesta dada por la pasiva que obra a folios 55 y 56

Indexación de la primera mesada pensional.- Para determinar si es procedente la indexación de la primera mesada pensional respecto de la pensión reconocida a la demandante, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional, en las Sentencias C-862 y C-891A de 2006, refrendó el criterio de la Corte Suprema de Justicia, respecto al vacío normativo existente en torno a la indexación de la primera mesada con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y estimó que contraría los mandatos 48 y 53 de la Constitución que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico.

Posteriormente, se unificó el criterio sobre la indexación respecto de las pensiones extralegales y las restringidas de jubilación por considerar que no existe razón justificativa para diferenciar a un trabajador pensionado de acuerdo con la ley, de uno que se ha pensionado con arreglo a una convención; porque tanto el uno como el otro padecen el impacto del fenómeno económico de la inflación.

Descendiendo al caso en estudio, se observa que a la demandante se le reconoció la sustitución pensional en forma definitiva por el fallecimiento del trabajador CARLOS JULIO CASTILLO VILLAMIL mediante Resolución No. 1495 del 29 de agosto de 2003 (fls. 45 a 47). Esta Resolución se expidió en cumplimiento de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas dentro del proceso 1998-0359 que obran a folios 16 a 44 en las que se concedió el derecho a la sustitución pensional a la señora MARÍA CONSUELO PÉREZ DE CASTILLO anotando que la pensión se liquidaba a partir del 1º de febrero de 1986 en cuantía de \$40.057,03, sin que pudiera ser inferior al salario mínimo legal con los reajustes de ley; valor que se determinó con base en el salario que devengaba el trabajador y que se acreditó en el proceso mencionado en la cuantía de \$61.626,20 y en la mencionada Resolución se reconoció a partir del 13 de mayo de 1995 la mesada con los reajustes anuales en cuantía de \$250.244.79 , por lo que para resolver se debe tener en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 862 de 2006 donde estableció el objeto de la actualización al señalar lo siguiente:

"No ocurre lo mismo con la pensión prevista en el numeral segundo del artículo 260 del C. S. T., porque en este caso la ausencia de previsión de indexación de la mesada pensional originó numerosos problemas interpretativos como antes se reseñó.

Específicamente si se acogía la postura acogida por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1999, eso significaba que a los trabajadores cobijados por este supuesto se le reconocían pensiones con el salario devengado en el último año de servicios, pero como en este evento si podía transcurrir un lapso considerable entre el momento en que el trabajador cumplía el requisito del tiempo de servicios y el momento en que alcanzaba la edad prevista para ser titular de la pensión, en la práctica eso conducía a que se reconocieran pensiones con base en un salario que había perdido sensiblemente su poder adquisitivo con el paso del tiempo, y en muchos casos la pensión reconocida solamente alcanzaba el valor del salario mínimo.

Como se indicó y conforme a la documental aportada, a la demandante se le reconoció la sustitución pensional a partir del 13 de febrero de 1995 conforme a las sentencias antes mencionadas por lo que para la fecha en que expidió la Resolución de reconocimiento pensional el 29 de agosto de 2003 (fl. 46 a 47) había transcurrido un periodo de tiempo durante el cual se dio la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, sin que en la Resolución se reconociera la indexación de la mesada pensional, pues solo se reconoció el valor de la pensión y los reajustes anuales, de donde se concluye que es procedente el reconocimiento de la indexación solicitada.

En cuanto a los valores sobre los cuales se dispuso la indexación de la primera mesada pensional si bien no fueron objeto de apelación, lo cierto es que verificadas las operaciones aritméticas realizadas por el juzgado (fl. 127 y 128) se encuentran acordes con la jurisprudencia y se aplicó la fórmula

IPC Final

----- X VH = VA

IPC inicial

Donde VA= IBL o valor actualizado; VH= Valor histórico corresponde al último salario promedio mensual devengado por el trabajador en el último año de servicios y IPC FINAL: Índice de precios al consumidor de la última anualidad en la fecha que se adquirió el derecho a la pensión. IPC INICIAL=Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Esta fórmula se ha aplicado de vieja data desde la Sentencia 30602 de diciembre 13 de 2007, ratificada en sentencia 36900 de 2009, en las que la Corte Suprema de Justicia señaló que para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones se aplicara la fórmula antes reseñada, razones por la que en este aspecto se debe confirmar la decisión de primera instancia.

De conformidad con lo expuesto, se **confirmará** la sentencia recurrida

Costas. – Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente demandada. Se fija la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá el día 18 de mayo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de Un Millón de pesos m/l (\$1.000.000)

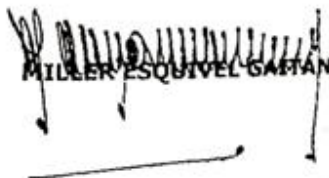
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA LILIANA MORALES RUIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS, PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2021 – 00144 01 Juz. 22.

En Bogotá D.C., a los doce (12) días de diciembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CLAUDIA LILIANA MORALES RUIZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a las **AFP COLFONDOS, PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 3 archivo 1 del expediente digital.

- Se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante el 1º de julio de 1999.
- Se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante con la totalidad de los rendimientos financieros y bonos pensionales
- Se ordene a COLPENSIONES a realizar las gestiones pertinentes para anular el traslado de régimen del 1º de julio de 1999 y a recibir sin solución de continuidad a la demandante
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4 del archivo 01 del expediente digital. Que nació el 13 de junio de 1968 y se afilió al ISS el 18 de septiembre de 1994 donde cotizó 200.43 semanas. Se trasladó al RAIS el 1º de julio de 1999 debido a la falta de información suministrada por parte de la AFP y cotizó en el RAIS 1097,15 semanas hasta el 31 de enero de 2021, entre las AFP demandadas, sin que le informaran sobre la imposibilidad de traslado

al RPM cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Los días 2 y 3 de marzo de 2021 solicitó a las AFP su traslado a COLPENSIONES y a ésta última le solicitó el 9 de marzo de 2021 su traslado al régimen de prima media.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad el día 4 de junio de 2021 (archivo 03), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 07 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación inicial a COLPENSIONES, la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto de la afiliación y la respuesta dada por la entidad. Manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepción previa la de falta de competencia por falta de reclamación administrativa y como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 04 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la reclamación presentada y manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** En los términos del escrito obrante en el archivo 05 del expediente digital, de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda

- Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de traslado de régimen y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos.
- Como excepciones de fondo propuso las 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación, traslado de aportes y la innominada o genérica.

La AFP COLFONDOS S.A. En los términos del escrito obrante en el archivo 06 del expediente digital, de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de traslado de régimen y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos.
- Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2021 (Archivo 19) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado

Llegó a esta determinación al considerar que las AFP demandadas eran las que tenían el deber de suministrar a la afiliada una información clara y suficiente para que la actora tomara una decisión informada ya que la firma del formulario no era prueba de ello, pues no era suficiente para acreditar el haber suministrado la información pues la carga de la prueba que le correspondía a las AFP demandadas y como ello no sucedió, el traslado era ineficaz. Que el haber efectuado varios traslados entre AFP no era prueba del conocimiento que tuviera la demandante de las características y condiciones de los dos regímenes y las AFP vinculadas no aportaron prueba de haber suministrado la información. En consecuencia, ordenó a las AFP a devolver los dineros y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los gastos de administración debidamente indexados y a

COLPENSIONES a recibir a la demandante con los ajustes a la historia laboral, así como los mencionados valores conforme a la jurisprudencia. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las AFP.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PROTECCIÓN S.A. – Manifiesta que interpone recurso parcial en cuanto a la devolución de los gastos de administración indexados, pues estos se realizaron como consecuencia de las normas que los establecían como comisiones a la AFP y que ha realizado la administración de los dineros de manera oportuna; que de manera directa los valores por rendimientos aumentaron la cuenta de la demandante por lo que no deben trasladarse al RPM los gastos de administración; además por cuanto no es posible devolverlos pues COLPENSIONES no ha realizado ningún trámite respecto de estos dineros y representan un enriquecimiento ilícito ya que en RPM no se hubieran obtenido los rendimientos que se obtiene en la cuenta del RAIS.

PORVENIR S.A. Apela respecto a los gastos de administración con los mismos fundamentos que la apelación anterior, pues considera que la sentencia es contradictoria pues si se declara la ineficacia del traslado claramente no existiría el derecho a los rendimientos obtenidos y por ello es injusto el trato diferenciado al RAIS, lo que desconoce el derecho a la igualdad. Que la normatividad determina cuáles son los dineros para descontar y que están destinados a la administración y al AFP cumplió con los presupuestos legales. Lo mismo respecto a los seguros de invalidez y sobrevivencia que fueron pagados a las entidades correspondientes y no están destinados al financiamiento de la pensión de la demandante.

COLFONDOS S.A. Interpuso recurso solicitando se revoque la decisión y se absuelva a COLFONDOS pues suministró la información de manera completa y suficiente y respecto a los gastos de administración con los mismos argumentos que las anteriores demandadas ya que solo sería procedente la devolución de los rendimientos, pero no de los gastos descontados por comisiones pues son legales y contraprestación de la gestión realizada por la AFP, pues si las cosas vuelven al estado anterior no es procedente la devolución de los rendimientos pues no se causaron por la ineficacia de la afiliación. Que lo contrario constituye un enriquecimiento sin justa causa y genera un detrimento a la AFP. Igualmente, respecto a la indexación y la condena en costas pues dice que la AFP siempre actuó de buena fe.

COLPENSIONES. — Solicita se revoque la decisión por cuanto existe una prohibición legal de regresas al RPM, dispuesta para salvaguardar los regímenes pensionales y la actora se trasladó voluntariamente por lo que solicita se indiquen las razones por las cuales no se aplica la prohibición. Que la jurisprudencia no ha señalado que el descontento de los afiliados se pueda tener como una falta al deber de información ya que la demandante no hizo esfuerzo alguno en corroborar su dicho, por lo que solicita se analice el caso en particular. Que COLPENSIONES asume consecuencias por actos jurídicos celebrados por terceros en los que no tuvo nada que ver y por ello no se pudo oponer a las pretensiones de la demanda, razón por la que solicita se determine cuál es el papel de COLPENSIONES y se expliquen las razones por las que debe asumir las consecuencias.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante; No allegó alegatos en esta instancia.

Parte demandada; La AFP Porvenir S.A. y la Administradora colombiana de pensiones Colpensiones, ratificaron lo manifestado en su recurso de apelación.

COLPENSIONES.- Argumenta que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la que habla el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, situación que basta para liberar por lo menos de las costas a su representada.

Que la actora tramitó su traslado de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación a la AFP sin adolecer de vicio alguno en el consentimiento, que recibió una asesoría por parte del funcionario de la AFP, que tuvo en su debido momento la oportunidad para resolver las posibles dudas que se le generaran acerca del RAIS. De igual manera, la demandante, no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, este es, el retracto, sino que simplemente la parte activa inició el presente proceso con el fin de aumentar el monto de su mesada pensional.

Que Colpensiones no es más que un convidado de piedra en esta clase de procesos, ya que simplemente es llamada a juicio por ser la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que no tiene la obligación de responder por actos jurídicos desplegados por terceros y que en el caso en concreto el hecho generador o que le da el principal sustento a la demanda es el valor de la mesada pensional de la demandante en el RAIS, situación que al momento del traslado era imposible de calcular, por lo que es inaplicable el precedente jurisprudencial y que COLPENSIONES no podrá efectuar ninguna afiliación hasta tanto no reciba los dineros e información por parte de la AFP privada también condenada en este proceso.

PORVENIR S.A. .- Se tendrá en cuenta únicamente lo manifestado respecto de los gastos de administración que fueron el objeto de la apelación.

Señala que en caso de que se considere que como efectos de la ineficacia deben existir restituciones mutuas, debe tenerse en cuenta que, creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro (el manejo de los aportes de un afiliado) y, luego de declarada la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes, por lo que solamente debería estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad..

Que si las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, sin solución de continuidad y como si la afiliación al RAIS nunca hubiese existido, es dable concluir que los rendimientos que deben ser entregados a Colpensiones son los que habrían tenido los aportes en régimen de prima media con prestación definida. Que la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004 y la SU-062 de 2010, para efectos de la validez del traslado de las personas que contaban con 15 años al primero de abril de 1994, se dijo que los rendimientos de los aportes debían ser equivalentes a los del RPM, no a los del RAIS al que se hallaba vinculado el afiliado. Que para todos los efectos de traslados de recursos del régimen de prima media debe tenerse en cuenta la rentabilidad mínima de las reservas de Colpensiones.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración dice que resulta improcedente, pues la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales lo que legalmente estaba obligada a contratar y que estos gastos tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por su representada, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada. En lo que corresponde a la restitución de los conceptos de primas de los seguros previsionales, no puede desconocerse que dichos conceptos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las derivadas de invalidez y sobrevivencia, y cuyo objetivo se cumplió, pues la cobertura de la compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible como lo ha indicado la Superintendencia Financiera

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 14 y 15 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la afiliación al RPM, radicada el 9 de marzo de 2021 y la respuesta negativa dada por la entidad en la misma fecha (fl. 16), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación el 11 de diciembre de 1998, tal como se observa a folio 20 del archivo 05; afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante diligenció la solicitud de vinculación al RAIS por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A. conforme al formulario visto a folio 20 archivo 05 que tiene dos fechas de recibido 11 y 21 de diciembre de 1998, con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

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

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, tal y como se indica en los recursos interpuestos por las demandadas; conforme a la jurisprudencia, es claro que el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante, como se pretende en el recurso.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en

se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

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

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, y cuya carga correspondía a la AFP demandada, sin que le pueda ser aplicable al caso, obligación a cargo de la parte actora de consultar por su cuenta sobre el régimen que le beneficiaba, como se indica en el recurso, toda vez que para la época del traslado en el año 1995 no había sido expedida la Ley 1328 de 2009.

Debe señalarse que la Ley 100 de 1993 no contiene los beneficios y desventajas del traslado de régimen, la forma en que se liquidará el monto de la pensión que, en cada uno de los regímenes ni la diferencia en el pago de los aportes para acceder a la pensión, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión, que es lo que se echa de menos en la información que debía suministrar la AFP a la demandante, para su caso en particular al momento del traslado.

Por su parte en el interrogatorio de parte que absolvió la demandante manifestó que trabajaba en Colsubsidio en 1998 y los reunieron de la oficina de Recursos Humanos con un asesor de PROTECCIÓN para informales que la empresa era ahora parte de PROTECCIÓN S.A. y como el ISS estaba en malas condiciones les sugerían se trasladaran a la AFP. No recibió ninguna información, pero firmó el formulario por sugerencia de su empleadora. No verificó la información y creyó en la información que le dieron. Respecto a los traslados manifestó que se debió a un cambio de su trabajo porque la llamaron de recursos humanos para que firmara los documentos y ella suscribió sin leer los documentos se los suministró la empresa, ya que confiaba en que su empleadora era una empresa seria. En cuanto al traslado a COLFONDOS dijo que ya estaba como independiente y el asesor le dijo que le beneficiaba el traslado al otro fondo, pero no tuvo conocimiento de la forma como operaban los fondos privados. En este momento ha visto que sus compañeros en el fondo privado se pensionan muy mal y no así en COLPENSIONES. No se trasladó antes porque hasta ahora es que averiguó la situación.

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

De lo anterior se puede concluir que no se suministró a la demandante una información clara y suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es que desconocía los requisitos para pensionarse tanto en el RAIS como del RPM, pues tampoco recibió información por parte del ISS; además, no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción; lo que demuestra que la información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y cuál era el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que las AFP demandadas no demostraron haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual, contrario a lo manifestado en el recurso, si es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, sin que se le pueda endilgar obligación alguna a la demandante respecto a validar la información suministrada, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso

⁵ "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

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

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

(...)

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

que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

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

En cuanto a los actos de relacionamiento que hagan presumir la voluntad de la actora de permanecer en el RAIS, como es no haber reclamado antes o permanecer en el régimen por una determinada cantidad de tiempo, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 853-2022 lo siguiente:

“Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”.

Respecto a la prohibición legal para el traslado por encontrarse la demandante a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen como parece entenderlo la parte recurrente, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculada antes del traslado al RAIS sin solución de

continuidad, y es esta la razón o explicación que solicita COLPENSIONES de la causa por la cual debe asumir la afiliación de la demandante y por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por las AFP recurrentes en su recurso, respecto de lo cual es necesario mencionar que si bien existe un concepto de la Superintendencia Financiera, éste hace referencia al traslado entre regímenes, que no es el presente caso, en que se declara la ineficacia del traslado, por lo que en este asunto, las cosas vuelven al estado anterior.

Igualmente, es preciso indicar tal como lo expresa la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público o de la demandante, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, se dijo:

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

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

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

Conforme a la jurisprudencia es claro que deben reintegrarse los rendimientos obtenidos en el RAIS y no solo los que hubiera podido obtener en el RPM como lo pretenden las recurrentes.

Se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible en atención a que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto, desde su nacimiento surgido con anterioridad al inicio del proceso. Así se ha establecido entre otras, en las sentencias CSJ SL1688-2019, reiteradas en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021

Sobre lo indicado por COLPENSIONES en su recurso, en relación a que el descontento con la mesada no es causal para la ineficacia, se reitera que la ineficacia no se declara por este motivo, sino por la falta al deber de información que debieron suministrar las AFP demandadas al momento de efectuar el traslado y la consecuencia de tener en cuenta a la demandante como afiliada al RPM es el resultado de la ineficacia del traslado que se declara por lo que la afiliada regresa al régimen al que se encontraba afiliada con anterioridad.

En cuanto a las costas que apela COLFONDOS, esta condena procede respecto a la parte que es vencida en el proceso, por lo que se mantiene la condena en costas de primera instancia por haber sido vencida en el proceso.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las demandadas toda vez que interpusieron los recursos que no salieron adelante. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de dos mil uno (2021) por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

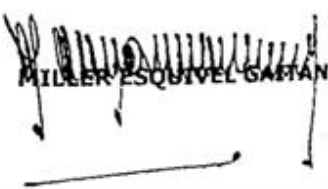
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISIDRO ARTURO NAVAS CAMARGO
DE OVIEDO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad.
2021 - 00143 01. Juz. 29.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintidós (2022),
siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto
anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión,
procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ISIDRO ARTURO NAVAS CAMARGO demandó a la **AFP PORVENIR S.A.**, a la
AFP PROTECCIÓN S.A. y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y
condenas contenidas a folio 2 del archivo 001 "Demanda" y 3 del archivo 004
"SubsanacionDeDemanda" del expediente digital.

- Nulidad de traslado de régimen realizado el 1 de octubre de 1999.
- Ordenar a Protección el traslado de aportes.
- Ordenar a COLPENSIONES realizar las gestiones para anular el traslado de régimen.
- Ordenar a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad al actor.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas y gastos del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3 del archivo 001 "Demanda" y 3 y 4 del archivo 004 "SubsanacionDeDemanda" del expediente digital. Nació el 1 de enero de 1960, se afilió al ISS el 23 de junio de 1981, decidió trasladarse al RAIS administrado por PORVENIR el 1 de octubre de 1999, decisión que no estuvo precedida por la suficiente información que le permitiera conocer las consecuencias de su decisión. Posteriormente, el 1 de mayo de 2003 se afilió a PROTECCIÓN S.A., quien es su actual administradora, entidad que no le informó respecto de la posibilidad de retornar al ISS hoy COLPENSIONES antes que le falten diez años para cumplir la edad de pensión. Hasta el 31 de marzo de 2020, ha cotizado 1.885.14 semanas en ambos regímenes. Elevó peticiones tanto a los fondos privados como a COLPENSIONES en las que solicitó su traslado de régimen.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de esta ciudad mediante proveído del 3 de junio de 2021 (Archivo 005) y corrido el respectivo traslado, las llamadas a juicio contestaron como se muestra a continuación:

La **AFP PORVENIR S.A.** como se vislumbra a folios 2 a 21 del archivo 006 "Contestación" y 2 a 23 del archivo 016 "Subsanación" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó/no le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible a folios 2 a 12 del archivo 007 "Contestación" y 2 a 12 del archivo 017 "subsanación" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y afiliación al ISS, las semanas cotizadas antes del traslado de régimen y el derecho de petición presentado por el actor ante la entidad pública.

- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visto a folios 3 a 25 del archivo 010 del expediente digital.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del actor, las semanas cotizadas en el RAIS y las acumuladas en ambos regímenes, la afiliación a PROTECCIÓN el 1 de mayo de 2003 y la petición elevada por el actor ante la AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

Mediante auto del 27 de septiembre de 2021 (archivo 015) el Juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de **PROTECCIÓN S.A.** e inadmitió las contestaciones de **COLPENSIONES**, a fin de que subsanara lo correspondiente al acápite de pruebas y **PORVENIR** para que se pronunciara de la totalidad de hechos de la demanda, dichas entidades subsanaron en debida forma los defectos mencionados, por lo que, mediante proveído del 3 de noviembre de 2021 (archivo 018) el Juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de esas entidades y fijó fecha de audiencia de que tratan los Arts. 77 y 80 del C.P.T.S.S.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 26 de abril de 2022 mediante sentencia de fondo en la cual dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere la señora **ISIDRO ARTURO NAVAS CAMARGO** **identificado con la cedula de ciudadanía No. 4.118.812, a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A.,** el 26 de octubre de 1999 con fecha efectividad 01 de diciembre de 1999 por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de ISIDRO ARTURO NAVAS CAMARGO, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en términos del artículo 69 del CPT y SS.”

Llegó a esta determinación por cuanto en aplicación del precedente jurisprudencial de la SL CSJ la AFP PORVENIR no acreditó que haya cumplido con el deber de información que le asistía al momento del traslado de régimen, por el contrario, se demostró que ni siquiera intervino un asesor del fondo privado por cuanto el actor manifestó en su interrogatorio de parte que la afiliación se generó por exigencia de su empleador, lo cual atenta abiertamente contra el principio de escogencia. Sobre la tesis de los actos de relacionamiento indicó que ni el traslado efectuado con posterioridad a PROTECCIÓN ni el hecho de que el demandante no se haya informado respecto del funcionamiento del sistema pensional no convalidan la falta al deber de información que le correspondía al fondo privado, la cual, debió hacerse en el momento del traslado de régimen, por lo que ningún acto posterior valida dicha falta. En cuanto a los gastos de administración, indicó que se aparta de la tesis de la SL CSJ que ordena su devolución, en razón a que son sumas descontadas por disposición legal y, por la gestión de los fondos privados se han generado unos rendimientos sobre el capital cotizado, rendimientos que se devolverán al RPM, consideró que no procede la devolución de dichos gastos. De otra parte, decidió no condenar en costas a las demandadas.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Solicitó la revocatoria parcial de la decisión en el sentido de solicitar que se ordene la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, con inclusión de los gastos de administración, en razón a que, las consecuencias de la ineficacia como han sido descritas por la SL CSJ son de retrotraer todo a un estado anterior, como si la afiliación al RAIS nunca hubiera existido, por lo que, a la luz del Art. 1746 del C. Civil deben también retornarse dichas sumas.

PROTECCIÓN: No interpuso recurso.

PORVENIR: No interpuso recurso.

Alegatos ante este Tribunal (Artículo 13 Ley 2213 de 2022)

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada.

COLPENSIONES: No se pronunció respecto del punto específico apelado, por lo que la Sala no tendrá en cuenta lo manifestado.

PORVENIR: Respecto al punto de apelación, manifestó que conforme concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia no es procedente la devolución de gastos de administración ni las primas de seguros, por lo que no son valores que le pertenezcan a los afiliados ni financian su prestación pensional, por lo que, están sujetos al fenómeno prescriptivo dispuesto en la norma laboral.

PROTECCIÓN: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente ordenar la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración conforme lo solicitó COLPENSIONES.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 9 de marzo de 2021 (Fls. 13 y 14 archivo 001) en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la consecuente respuesta negativa de la entidad pública (Fl. 15 archivo 001), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 26 de octubre de 1999, cuando solicitó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., conforme se denota del formulario de afiliación visto a folio 70 del archivo 006, y, posteriormente, se afilió a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., conforme se denota del formulario visto a folio 37 del archivo 010, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Por cuanto la validez del traslado de régimen y la declaratoria de ineficacia dictada por la A quo no fue recurrida por ninguna de las partes, la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

Devolución de los gastos de administración.

Sintetiza su desacuerdo la apoderada de COLPENSIONES en que la A quo debió ordenar la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, esto en virtud de las órdenes emanadas por la SL CSJ y en virtud de lo dispuesto en el Art. 1746 del C. Civil, argumento que la Sala acoge a plenitud, en razón a que tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a COLPENSIONES **TODOS** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Ahora bien, es menester recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, además, al ordenar el retorno de dichas sumas se evita un posible desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas por gastos de administración, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a NAVAS CAMARGO en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores.

Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Por lo anterior, se ordena que sean devueltos no solo los dineros indicados por la A quo, sino también las sumas descontadas por cada una de las AFP donde estuvo afiliado el actor por concepto de gastos de administración, sumas que deberán ser asumidas de su propio patrimonio, por lo que procede la **ADICIÓN** de la sentencia en estos términos.

COSTAS

Manténgase incólume la decisión de primera instancia, por cuanto la parte con interés jurídico para recurrir dicha situación guardó silencio. Sin costas en la alzada ante la prosperidad del recurso.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2022 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, para **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR** a que devuelva a **COLPENSIONES** las sumas descontadas por concepto de gastos de administración que se causaron en la cuenta de ahorro individual de **ISIDRO ARTURO NAVAS CAMARGO**, comprendidos entre el 26 de octubre de 1999 y el 30 de abril de 2003, para lo cual, se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia.

SEGUNDO. – ADICIONAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, para condenar igualmente a la AFP PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración. Este ordinal quedará así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los

valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de ISIDRO ARTURO NAVAS CAMARGO, por concepto de cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia."

TERCERO. - ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia, el cual quedará así:

"TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que reciba de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., todos los valores causados con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas descontadas por concepto de gastos de administración y actualizar la historia laboral."

CUARTO. – COSTAS. Sin costas en la instancia ante la prosperidad del recurso.

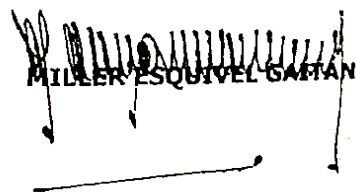
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LILIANA GARCÍA CORTÉS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Rad. 2021 – 00154 01 Juz. 30.

En Bogotá D.C., a los doce (12) días de diciembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LILIANA GARCÍA CORTÉS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 3 y 4 del archivo 01 y 04 del expediente digital.

- Se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por la parte actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.
- Se ordene retornar las cosas al estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tener como afiliado a la demandante en el RPM sin solución de continuidad.
- Ordenar a la AFP PORVENIR S.A. a realizar la devolución de todas las unas de dinero de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y los gastos de administración
- Ordenar a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante y actualizar la historia laboral
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 5 a 6 del archivo 01 y 04 del expediente digital. Que nació el 1º de febrero de 1966 y cotizó inicialmente al ISS en abril de 1985 y ante una campaña de desinformación ella firmó un formulario de afiliación al RAIS sin tener una información clara y concreta de las consecuencias de su decisión pues el asesor le indicó que en el fondo se podría pensionar a una menor edad, pero no que el monto de su pensión

dependía del capital que lograra acumular o cuál debía ser el monto que debía depositar y que dependería de la variación del mercado financiero que podría ser muy desventajosa o que podía hacer aportes voluntarios, ni le suministraron un cálculo actuarial que le permitiera establecer las diferencias entre los dos regímenes.

Que presentó derechos de petición a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR el 8 y 9 de febrero de 2020, los cuales fueron respondidos de forma negativa por parte de COLPENSIONES el 10 de marzo de 2021

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad el día 5 de octubre de 2021 (archivo 05), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 08 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación inicial a COLPENSIONES, la fecha de nacimiento del demandante, la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto de la afiliación y la respuesta dada por la entidad. Manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 07 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación presentada y Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2022 (Archivo 15) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., de fecha 1º de septiembre de 1995; la declaró válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad. Ordenó al fondo demandado a devolver todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados y a COLPENSIONES que una vez ingresen dichos dineros restablecer afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la jurisprudencia el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la información suministrada a la afiliada y no exoneraba a la AFP de cumplir con la obligación de probar el haber suministrado la información en forma clara y completa. Tuvo en cuenta que conforme al interrogatorio absuelto por la demandante se podía establecer que desconocía las ventajas y desventajas del traslado de régimen, por lo que la suscripción del formulario no acreditaba un consentimiento informado ni la libertad de escogencia, por lo que la AFP demanda incumplió con el deber de información. Como consecuencia de ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución a COLPENSIONES de los aportes, rendimientos, frutos y demás, con los gastos de administración y seguros en un término de 15 días. Ordenó a COLPENSIONES a tener a la actora como afiliada al RPM sin solución de continuidad y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PORVENIR S.A. — Manifiesta que el precedente jurisprudencial no se aplica a todos los casos y que en este caso, el traslado se hizo de manera libre y voluntaria como se demuestra con el formulario de afiliación pues se suministró la debida información, la que ella podía validar. Señala que a la demandante le conviene permanecer en el RAIS por la garantía de pensión mínima. En cuanto a la devolución de los rendimientos considera que los recursos deben ser los que se hubieran generado en el RPM y no los generados en el RAIS, como tampoco los gastos de administración y la indexación. Respecto de las costas indica que estas no proceden porque el traslado fue voluntario

COLPENSIONES. – Argumenta en su recurso que COLPENSIONES no fue la causante de la ineficacia por lo que considera que no se le debe condenar a recibir a la demandante, sino que se debe condenar a la AFP PORVENI S.A. a asumir a la afiliada como perteneciente al régimen de prima media para no afectar a COLPENSIONES y en caso contrario se condene al fondo para que responda por los daños y perjuicios ocasionados a COLPENSIONES como se ha indicado en otros procesos similares.

Alegatos ante este Tribunal (Art. 13. Ley 2213 de 2022)

Parte demandante; No allegó alegatos en esta instancia.

Parte demandada; La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. ratificaron lo manifestado en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se concreta en establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen; la procedencia de condenar a la AFP a responder por los perjuicios ocasionados por la ineficacia; la condena a restituir las sumas existentes en la cuenta de ahorro de la demandante sin el descuento de los gastos de administración y seguro previsional y la condena en costas respecto de la AFP PORVENIR.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 51 a 55 y 81 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la afiliación al RPM, radicada el 8 de febrero de 2021 y la respuesta dada por la entidad el 10 de marzo de 2021 (fl. 87), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 18 de agosto de 1995, tal como se observa a folio 79 del archivo 1; afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante diligenció la solicitud de vinculación al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 18 de agosto de 1995 (fl. 79 del archivo 1 del expediente digital), con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, tal y como se indica en los recursos interpuestos por las demandadas; conforme a la jurisprudencia, es claro que el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante, como se pretende en el recurso.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación

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

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

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

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

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

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

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, y cuya carga correspondía a la AFP demandada, sin que le pueda ser aplicable al caso, obligación a cargo de la parte actora de consultar por su cuenta sobre el régimen que le beneficiaba, toda vez que para la época del traslado en el año 1995 no había sido expedida la Ley 1328 de 2009.

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

³ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

Debe señalarse que la Ley 100 de 1993 no contiene los beneficios y desventajas del traslado de régimen, la forma en que se liquidará el monto de la pensión que, en cada uno de los regímenes ni la diferencia en el pago de los aportes para acceder a la pensión, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión, que es lo que se echa de menos en la información que debía suministrar la AFP a la demandante, para su caso en particular al momento del traslado.

Por su parte en el interrogatorio de parte que absolvió la demandante manifestó que la afiliación al fondo se dio en 1995 cuando ingresó al Liceo de Los Andes donde le dijeron que le daban una asesoría para afiliarse, que primero firmó el formulario que le dio el Liceo y luego le dieron la charla; que le dijeron que el ISS se acababa y el fondo entraba a hacer esas funciones y que ella estaba en el ISS también en EPS y la pasaron a COOMEVA por lo que creyó que era cierto que se acababa. Que no retornó a COLPENSIONES porque no conocía que podía regresarse y solo reaccionó cuando entró al sector público porque en el extracto decía las semanas que cotizaba. Del ISS no tuvo ninguna información. Que firmó los formularios que la empleadora le dio al momento del ingreso y les dijeron que no tenía que hacer nada más; no le realizaron ninguna proyección pensional y no tuvo conocimiento de rendimientos financieros.

De lo anterior se puede concluir que no se suministró a la demandante una información clara y suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedarán claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es que desconocía los requisitos para pensionarse tanto del RAIS como del RPM, pues tampoco recibió información por parte del ISS y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción; lo que demuestra que la información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y cuál era el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que la AFP demandada no demostró haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS, como se pretende en el recurso, sin que se le pueda endilgar obligación alguna

a la demandante respecto a validar la información suministrada, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

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

En cuanto a los actos de relacionamiento que hagan presumir la voluntad de la actora de permanecer en el RAIS, como es no haber reclamado antes o permanecer en el régimen por una determinada cantidad de tiempo, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 853-2022 lo siguiente:

“Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela

⁵ “Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

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

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

(...)

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

que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”.

Respecto a la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculada antes del traslado al RAIS sin solución de continuidad, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por la AFP recurrente en su recurso, respecto de lo cual es necesario mencionar que si bien existe un concepto de la Superintendencia Financiera, éste hace referencia al traslado entre regímenes, que no es el presente caso, en que se declara la ineficacia del traslado, por lo que en este asunto, las cosas vuelven al estado anterior.

Igualmente, es preciso indicar tal como lo expresa la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con

motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público o de la demandante, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, se dijo:

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

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

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

Conforme a la jurisprudencia es claro que deben reintegrarse los rendimientos obtenidos en el RAIS y no solo los que hubiera podido obtener en el RPM como lo pretende la AFP demandada en el recurso

Se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible en atención a que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto, desde su nacimiento surgido con anterioridad al inicio del proceso. Así se ha establecido entre otras, en las sentencias CSJ SL1688-2019, reiteradas en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021

En relación a la condena al pago de la indexación que ha sido objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A., es de precisar que con la orden de devolver los gastos de administración causados por motivo de la afiliación de la demandante al RAIS debidamente indexados, se entiende que con ellas se garantiza la actualización monetaria de esos rubros, siempre y cuando ésta devolución se efectúe en el término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, por lo que, bajo tal condicionamiento le asiste razón a la recurrente AFP PORVENIR S.A. y en consonancia con lo anterior se modifica el ordinal tercero de la sentencia en cuanto a que se condiciona el pago de la indexación a que el traslado de los gastos de administración que corresponden a la demandante se efectúe dentro de los quince días referidos, so pena de asumir la indexación ordenada por el A quo.

Sobre lo indicado por COLPENSIONES en su recurso, en relación a que no se debe condenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante, se indica que ello es la consecuencia de la ineficacia del traslado que se declara por lo que la afiliada regresa al régimen al que se encontraba afiliada con anterioridad y en cuanto a que se condene a la AFP a reconocer los perjuicios que se ocasionen a COLPENSIONES, es necesario señalar que ello no fue objeto de estudio en el proceso y nada se indicó al respecto en la contestación de la demanda, por lo que se trata de una petición que se presenta solo en el recurso de apelación, por lo que no puede ser objeto de análisis en esta instancia; sin embargo, es necesario resaltar que nada impide a COLPENSIONES demandar a la AFP para el reconocimiento de los perjuicios que considere causados con la declaratoria de ineficacia, en proceso diferente al presente.

Por último, en relación con que a la demandante le conviene permanecer en el RAIS como lo manifiesta la AFP PORVENIR S.A., igualmente no fue objeto de controversia en el proceso por lo que no puede ser analizado en esta oportunidad, más aún cuando es la parte demandante quien solicita el traslado y no obra en el proceso, prueba alguna que permita concluir que no le beneficia la ineficacia que solicitó en la demanda y no fue aportada por la recurrente una prueba que fundamente su dicho.

En cuanto a las costas que apela PORVENIR, esta condena procede respecto a la parte que es vencida en el proceso, por lo que se mantiene la condena en costas de primera instancia.

Conforme a las consideraciones anteriores se **MODIFICA** la decisión de primera instancia.

COSTAS.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por cuanto los recursos no salieron avante. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en lo relacionado con el ordinal TERCERO a en cuanto a que se condiciona el pago de la indexación a que el traslado de los gastos de administración que corresponden a la demandante se efectúe dentro de los quince días indicados, so pena de asumir la indexación ordenada por el A quo por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida

TERCERO.- Costas. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

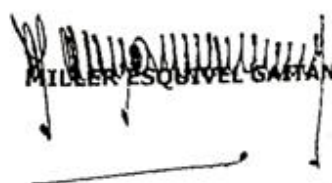
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RICARDO AUGUSTO BEJARANO MORENO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
y la AFP PORVENIR S.A. Rad. 2021 – 00578 01 Juz. 30.**

En Bogotá D.C., a los doce (12) días de diciembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

RICARDO AUGUSTO BEJARANO MORENO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 42 a 43 del archivo 01 expediente digital.

- Se declare la ineficacia y/ nulidad de la afiliación efectuada por la parte actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.
- Se ordene retornar las cosas al estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tener como afiliado al demandante en el RPM sin solución de continuidad.
- Ordenar a la AFP PORVENIR S.A. a realizar la devolución de todas las sumas de dinero de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y los gastos de administración
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 38 a 40 del archivo 01. Que el actor se afilió al ISS el 24 de agosto de 1994 y como consecuencia de la publicada realizada por los fondos privados se trasladó de régimen a PORVENIR S.A., el 13 de noviembre de 1997 sin la suficiente información pues el asesor se limitó a llenar el formulario para que lo suscribiera sin suministrarle la información necesaria para tomar la decisión de trasladarse de régimen,

por lo que solicitó a la AFP le suministra la documentales correspondientes sin que le entregaran ningún documento.

Que presentó solicitud a COLPENSIONES para el traslado de régimen el 14 de octubre de 2021, ya que cuenta actualmente con 1163 semanas cotizadas a PORVENIR S.A. y 138 a COLPENSIONES.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad el día 17 de febrero de 2022 (archivo 01 fl. 58), notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado respectivo; las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto en el archivo 03 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación inicial al ISS, las semanas de cotización, el traslado al fondo privado y la reclamación presentada ante COLPENSIONES respecto de la afiliación. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás.
- Formuló como excepción previa la de no agotamiento de la vía gubernativa y como excepciones de mérito que se absuelva a COLPENSIONES y se condene a la AFP PORVENIR S.A.S que originó el traslado de régimen para que trate al afiliado conforme a las reglas del RPM si se demuestra la falta de información y buen consejo; aplicación del precedente establecido en la sentencia SL.373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible en el archivo 05 del expediente digital, contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2022 (Archivo 09) puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante del RPM administrado por el ISS el 1º de enero de 1998 al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Declaró válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad. Ordenó al fondo demandado a devolver todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados y a COLPENSIONES que una vez ingresen dichos dineros restablecer afiliación del demandante a reactivar su afiliación y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la jurisprudencia el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la información suministrada al afiliado y no exoneraba a la AFP de cumplir con la obligación de probar el haber suministrado la información en forma clara y completa. Tuvo en cuenta que conforme al interrogatorio absuelto por el demandante se podía establecer que desconocía las ventajas y desventajas del traslado de régimen, por lo que la suscripción del formulario no acreditaba un consentimiento informado ni la libertad de escogencia, por lo que la AFP demanda incumplió con el deber de información. Como consecuencia de ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución a COLPENSIONES de los aportes, rendimientos, frutos y demás, con los gastos de administración y seguros indexados. Ordenó a COLPENSIONES a tener al actor como afiliado al RPM sin solución de continuidad y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Recurso de Apelación

Demandante: No interpuso recurso.

Demandadas:

PORVENIR S.A. — Manifiesta que el precedente jurisprudencial no se aplica a todos los casos y que en este caso, el traslado se hizo de manera libre y voluntaria como se demuestra con el formulario de afiliación pues se suministró la debida información conforme al interrogatorio de parte, la que el demandante podía validar en cualquier momento por lo que no existen razones fácticas y jurídicas para ordenar la ineficacia. Y que el RAIS le conviene más al demandante pues a la fecha cuenta con 1214 semanas por lo que debería cotizar 3 o más años en el RPM. En cuanto a la devolución de los rendimientos considera que los recursos deben ser los que se hubieran generado en el RPM y no los generados en el RAIS, como tampoco los gastos de administración y la indexación con lo que se incurre

en una doble condena. Respecto de las costas indica que estas no proceden porque el traslado fue voluntario

COLPENSIONES. — Argumenta en su recurso que COLPENSIONES pues es el fondo quien debe asumir las consecuencias ya que su representada se ve afectada con la ineficacia y esta siendo condenada por un hecho del que no fue la causante por lo que considera que no se le debe condenar a recibir a la demandante, para que se implemente una nueva línea jurisprudencial para no afectar a COLPENSIONES quien actuó de buena fe y en caso contrario se condene al fondo para que trate al afiliado conforme al RPM y no se afecte a COLPENSIONES. Que en otras sentencias se adicionaron las providencias en el sentido de indicar que COLPENSIONES puede reclamar por las vías judiciales al fondo privado el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento de asumir las pensiones originadas en la omisión en la que incurrieron los fondos.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante; No allegó alegatos en esta instancia.

Parte demandada; La administradora colombiana de pensiones Colpensiones ratificó lo manifestado en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se concreta en establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen; la procedencia de condenar a la AFP a tratar al demandante como afiliado al RPM; la condena a restituir las sumas existentes en la cuenta de ahorro de la demandante sin el descuento de los gastos de administración y seguro previsional y la condena en costas respecto de la AFP PORVENIR.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 30 a 31 y 32 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES respecto a la afiliación al RPM, radicada el 1º de octubre de 2021, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 13 de noviembre de 1997, tal como se observa a folio 25 del archivo 1; afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora en los hechos de la demanda alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión de trasladarse al RAIS no se le suministró una información suficiente respecto de las ventajas o desventajas de pertenecer al fondo privado lo que era necesario para tomar una decisión consciente. Al respecto, si bien la demandante diligenció la solicitud de vinculación al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. el 13 de noviembre de 1997 (fl. 25 del archivo 1 del expediente digital), con lo cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, tal y como se indica en los recursos interpuestos por las demandadas; conforme a la jurisprudencia, es claro que el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no

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

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

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

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

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

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

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante, como se pretende en el recurso.

Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministrara información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado, entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyectara, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, y cuya carga correspondía a la AFP

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

³ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había

demandada, sin que le pueda ser aplicable al caso, obligación a cargo de la parte actora de consultar por su cuenta sobre el régimen que le beneficiaba, toda vez que para la época del traslado en el año 1997 no había sido expedida la Ley 1328 de 2009.

Debe señalarse que la Ley 100 de 1993 no contiene los beneficios y desventajas del traslado de régimen, la forma en que se liquidará el monto de la pensión que, en cada uno de los regímenes corresponda, ni la diferencia en el pago de los aportes para acceder a la pensión, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión, que es lo que se echa de menos en la información que debía suministrar la AFP a la demandante, para su caso en particular al momento del traslado, por lo que no se trata de un desconocimiento de la norma.

Por su parte en el interrogatorio de parte que absolvió el demandante manifestó que el asesor les informó que el Fondo era bastante sólido era un entidad de mucho respaldo y que el ISS se iba a acabar, y tomo la decisión de trasladarse por la seguridad que les daba que su vejez estaría asegurada, ellos llenaron el formulario y lo firmó confiando en su buena fe, que la asesoría fue grupal inicialmente, pero en ningún momento le hicieron comparativo ni una claridad en ese aspecto y no hubo asesor del ISS. Aceptó haber firmado en forma voluntaria sino porque creía que la entidad le aseguraba su pensión. No conoce a donde iban sus cotizaciones, solo que iban a PROVENIR, cree que actualmente están en una cuenta de ahorros. No le dijeron nada sobre ahorros voluntarios ni le dieron proyección a futuro.

De lo anterior se puede concluir que no se suministró al demandante una información clara y suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, en la cual quedaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación que suscribió con las AFP, pues lo que se observa es que desconocía las características tanto del RAIS como del RPM, pues tampoco recibió información por parte del ISS y ello permite concluir que no se le dio una información real y concreta; además de que no se le indicó la posibilidad que tenía de volver al RPM ni la edad hasta la cual tenía esta opción; lo que demuestra que la información suministrada no fue real y concreta para su caso y por tanto tampoco suficiente, toda vez que no le indicaron cuáles eran los aportes que debía realizar y cuál era el capital que necesitaría ahorrar para obtener la pensión.

Por lo anterior, una vez verificada la declaración rendida por el actor y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que la AFP demandada no demostró haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y

alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS y sin que se le pueda endilgar obligación alguna al demandante respecto a validar la información suministrada, pues la obligación se encontraba en cabeza de la AFP demandada.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

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

En cuanto a los actos de relacionamiento que hagan presumir la voluntad del actor de permanecer en el RAIS, como es no haber reclamado antes o permanecer en el régimen

⁵ “Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

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

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

(...)

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

por una determinada cantidad de tiempo, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia SL 853-2022 lo siguiente:

“Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.”.

Respecto a la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba vinculado antes del traslado al RAIS sin solución de continuidad, por lo que procede la declaratoria de la ineficacia del traslado y la devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus rendimientos y las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguro previsional, contrario a lo indicado por la AFP recurrente en su recurso, respecto de lo cual es necesario mencionar que si bien existe un concepto de la Superintendencia Financiera, éste hace referencia al traslado entre regímenes, que no es el presente caso, en que se declara la ineficacia del traslado, por lo que en este asunto, las cosas vuelven al estado anterior.

Igualmente, es preciso indicar tal como lo expresa la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que:

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe

devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”.

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público o de la demandante, como se indica en la sentencia SL2877-2020:

“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.”

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, se dijo:

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de

administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Conforme a la jurisprudencia es claro que deben reintegrarse los rendimientos obtenidos en el RAIS y no solo los que hubiera podido obtener en el RPM como lo pretende la AFP demandada en el recurso

Se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible en atención a que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto, desde su nacimiento surgido con anterioridad al inicio del proceso. Así se ha establecido entre otras, en las sentencias CSJ SL1688-2019, reiteradas en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021

En relación a la condena al pago de la indexación que ha sido objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A., es de precisar que con la orden de devolver los gastos de administración causados por motivo de la afiliación de la demandante al RAIS debidamente indexados, se entiende que con ellas se garantiza la actualización monetaria de esos rubros, siempre y cuando ésta devolución se efectúe en el término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, por lo que, bajo tal condicionamiento le asiste razón a la recurrente AFP PORVENIR S.A. y en consonancia con lo anterior se modifica el ordinal tercero de la sentencia en cuanto a que se condiciona el pago de la indexación a que el traslado de los gastos de administración que corresponden a la demandante se efectúe dentro de los quince días referidos, so pena de asumir la indexación ordenada por el A quo.

Sobre lo indicado por COLPENSIONES en su recurso, en relación a que no se debe condenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante puesto que ello ocasiona una afectación al RPM administrado por COLPENSIONES, se indica que ello es la consecuencia de la ineficacia del traslado que se declara por lo que el afiliado regresa al régimen al que se encontraba afiliado con anterioridad, lo que ya ha sido objeto de estudio por la Corte Suprema de Justicia en las diferencias sentencias citadas, y en cuanto a los perjuicios que se ocasionen a COLPENSIONES, es necesario señalar que nada impide a COLPENSIONES demandar a la AFP para el reconocimiento de los perjuicios que considere causados con la declaratoria de ineficacia, en proceso diferente al presente.

Por último, en relación con que al demandante le conviene permanecer en el RAIS como lo manifiesta la AFP PORVENIR S.A., igualmente ello no fue objeto de controversia en el proceso por lo que no puede ser analizado en esta oportunidad, más aún cuando es la parte demandante quien solicita el traslado.

En cuanto a las costas que apela PORVENIR, esta condena procede respecto a la parte que es vencida en el proceso, por lo que se mantiene la condena en costas de primera instancia.

Conforme a las consideraciones anteriores se **MODIFICA** la decisión de primera instancia.

COSTAS.- Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por cuanto los recursos no salieron avante. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en lo relacionado con el ordinal TERCERO a en cuanto a que se condiciona el pago de la indexación a que el traslado de los gastos de administración que corresponden al demandante se efectúe dentro de los quince días indicados, so pena de asumir la indexación ordenada por el A quo por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

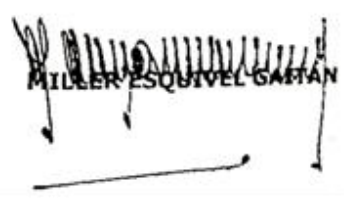
SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida

TERCERO.- Costas. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA HELENA RAMIREZ BERNAL
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS. Rad. 2021 00358 01 Juz 31.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA HELENA RAMIREZ BERNAL demandó a COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Ineficacia del traslado del RPM al RAIS
- Devolución del bono pensional indexado y con intereses
- Uso de las facultades ultra y extra petita
- Costas

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 08 de noviembre de 1963, se afilió en marzo de 1995 al sistema, el 01 de septiembre de

2007 se traslado al RAIS administrado por COLFONDOS, el 01 de enero de 2012 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN. Ninguna de las AFP cumplió el deber legal de informar suficientemente de las implicaciones del cambio de régimen, no se documentó de forma clara los efectos de la decisión, no existe una libertad informada, ni se le indicó de las ventajas de pertenecer en uno y otro sistema pensional, tampoco se le dijo en qué términos se iba a calcular su mesada pensional, no se le indicó del derecho al retracto. El 17 de enero de 2020 mediante derecho de petición, solicitó a COLFONDOS la invalidación de la afiliación a esa AFP, el 07 de octubre de 2019 hizo lo mismo con PROTECCIÓN y COLPENSIONES.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES tal como se verifica en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación al RPM, fecha de nacimiento de la actora, el traslado de régimen y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de fondo: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó así:

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la interposición del derecho de petición con el que pretendió retornar al RPM.
- Formuló como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos s.a., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,**

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación al RPM y la petición de retorno.
- Formuló como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, genérica y la aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 19 de julio de la presente anualidad mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

“PRIMERO:DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen que realizó la demandante, del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado en el año de 1994, teniendo a la demandante como válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES las sumas de dinero que descontó de lo aportado por la demandante por conceptos de gastos de administración y seguros civiles.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, o seguros, entre otros. Igualmente PROTECCIÓN deberá trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES las sumas de dinero que recibió de COLFONDOS por concepto de aportes realizados por la demandante junto con sus intereses y frutos civiles.

CUARTO: La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES deberá recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

QUINTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a las demandadas COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. en cuantía de \$100.000 pesos a favor de la demandante. Sin costas y agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: COMPULSAR copias para que se investigue disciplinariamente ante la Comisión de Disciplina Judicial al doctor CRISTHIAN CAMILO MORA HURTADO, que fue quien presentó la demandada y cometió todos los errores mencionados.”

Llegó a esa determinación al evidenciar que si bien, entre los hechos de la demanda y la realidad probatoria no existía similitud en aspectos tales como la fecha de vinculación de la demandante al RPM y RAIS (circunstancia por la que llamo la atención al apoderado de la actora), además de advertir que la demandante en su declaración solo repitió lo que se escribió en el libelo introductor, lo cierto era, que en el asunto, las AFP llamadas a juicio no cumplieron con su carga probatoria en los términos que ha exigido la jurisprudencia de la SL CSJ, aunado a que COLFONDOS

en su interrogatorio manifestó que no hizo ninguna asesoría, reasesoría ni que contaba con solicitudes pendiente en esos términos, PROTECCIÓN dijo que no tenía constancias documentales. Después aclaró que no había ningún bono pensional pendiente y declaró la ineficacia del traslado que hizo la demandante al RAIS en el año 1994.

Recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, Colpensiones interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia como quiera que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de los 10 años para trasladarse de régimen, conforme las previsiones de la Ley 797/03. Considera que no existen vicios en el consentimiento, que entre los hechos de la demanda, las pruebas y la declaración rendida por la demandante hay inconsistencias en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el acto de traslado de régimen y que no dar certeza de las circunstancias reales de como fue que se llevo a cabo el cambio. De otra parte, alega que los años de permanencia de la actora en el RAIS y los traslados entre AFP dejan entrever su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión de primera instancia.

Parte demandada: Las demandadas presentaron sus alegatos con fundamento en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C.P.T. y S.S., así: “La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer es dable ordenar el traslado de María Helena Ramírez al RPM.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 07 de octubre de 2019 (FI 13 archivo 001.escrito de demanda pfd expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se trasladó de régimen el 07 de septiembre de 1994 a la AFP COLFONDOS, tal como se verifica de la consulta del SIAF que milita a folio 98 de la CONTESTACIÓN DEMANDA COLFONDOS S.A.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le

suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien la actora el 07 de septiembre de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS, con el cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la AFP demandada (COLFONDOS SA), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde,

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

además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Sin embargo, COLFONDOS (AFP con la que se hizo el traslado de régimen) no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen de ahorro individual, pese a que fue allegada la solicitud de afiliación con la firma de la demandante, la que no es prueba suficiente para demostrar la existencia de un consentimiento debidamente informado; además, del interrogatorio absuelto por la actora no se extrae confesión alguna que demuestre que realmente le informaron todas las condiciones del RAIS. Así mismo, tampoco fue realizada una proyección de su mesada pensional ni le indicaron cuanto

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

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

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

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

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

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

necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Es de recordar que el análisis del caso, obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Ahora, indica COLPENSIONES que en este caso no se puede declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional porque que la demandante está inmersa en la prohibición que prevé la Ley 797/03, sin tener en cuenta que las circunstancias que anteceden en el asunto no responden a las reglas que prevé el art. 13 de la Ley 100/93, sino a la omisión del deber de las administradoras de fondos de pensiones en brindar toda la información necesaria para que el afiliado tome una decisión con pleno conocimiento de sus implicaciones, por lo que se está ante dos escenarios completamente diferentes, que imposibilitan la aplicación de las condiciones en mención.

De otra parte, se alegan inconsistencias en los hechos de la demanda, lo dicho por la demandante en su interrogatorio (porque coinciden las fechas expuestas en el libelo introductor) y lo probado en el expediente, en la medida en que esas fechas son otras (porque en la demanda se dice que el traslado al RAIS fue en el año 2007, y se probó que este ocurrió en el año 1994), situación en la que si bien tiene razón COLPENSIONES, en el asunto, ante la libertad probatoria con la que se cuenta en materia laboral y la aplicación de las facultades ultra y extra petita cuando se encuentran circunstancias debatidas y probadas en la instancia, La Sala colige que la decisión de la Juez está acorde con lo demostrado en la instancia.

En cuanto a la certeza en el deber de información que hecha de menos COLPENSIONES, es de reiterar que conforme las reglas establecidas por la jurisprudencia de la SL CSJ, este deber incumbe únicamente a las administradoras de los fondos de pensiones, en cual en este proceso no fue ejercido en debida forma.

Finalmente, reprocha COLPENSIONES el actuar de la actora quien se trasladó al RAIS y además se cambió entre administradoras del mismo régimen, con lo que se entiende su propósito de permanecer en el RAIS. Sobre ese punto, ya la CSJ ha indicado que el hecho de que un afiliado en su vida laboral haga varios traslados entre régimen pensionales, tal situación no significa que la administradora del fondo de pensiones quede habilitada para sustraerse de su deber de información, además el interés o no de un afiliado en indagar sobre su futuro pensional tampoco releva a las AFP de este cumplimiento, y el hecho de que el afiliado haya realizado traslados entre administradoras de fondos de pensiones del mismo régimen tampoco conlleva a establecer que las falencias presentas desde un inicio ya quedaron subsanadas.

Así las cosas, La Sala encuentra ajustada a derecho la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen que ordenó la juez de instancia y por ende, se **CONFIRMA** la decisión apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

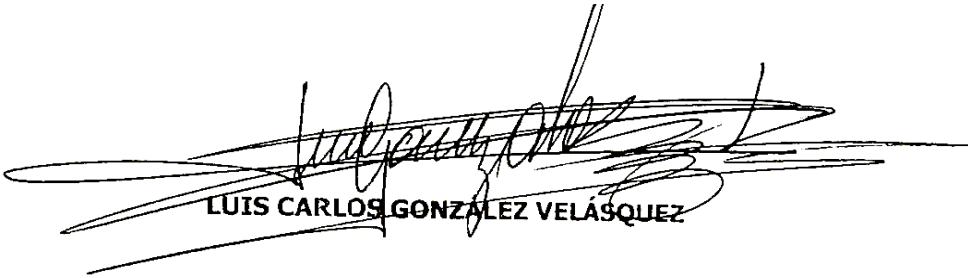
DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de julio de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

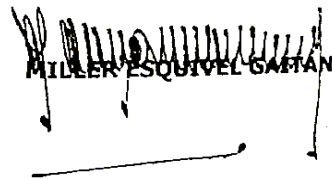
SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE CIRO ALFONSO GALVIS GALVIS CONTRA PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA. Rad. 2019 - 00774 01 Juz. 31.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CIRO ALFONSO GALVIS GALVIS demandó a PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 6 a 8.

- Se declare la existencia de un contrato a término indefinido entre el 27 de febrero de 1998 y el 1º de marzo de 2018, con un salario variable
- Se declare que el bono denominado "medios de transporte" constituye factor salarial
- Se declare que no se liquidaron las prestaciones sociales con el salario realmente devengado
- Se condene a la demandada a pagar a actor la reliquidación de todas las acreencias laborales a que tenía derecho con el salario realmente devengado incluyendo el bono "medios de transporte"
- Indemnización moratoria del artículo 65 del CST
- Sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo en los años 2015 a 2017
- Indexación
- Facultades ultra y extra petita
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fls. 10 a 12. La empresa demandada vinculó al actor mediante contrato laboral el 27 de febrero de 1998 para desempeñar el cargo de guarda de seguridad hasta el 1º de marzo de 2018 y según las certificaciones emitidas por la empleadora devengaba un salario mínimo legal más un promedio variable por horas extras y recargo, auxilio de transporte y un bono llamado "medio de transporte" variable, pagado de forma permanente, lo que no se tuvo en cuenta al efectuar el pago de las prestaciones a que tenía derecho.

Que el bono denominado "medio de transporte" no tenía como finalidad cubrir las necesidades de desplazamiento del trabajador y era contraprestación directa del servicio prestado, por lo que constituye salario.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de esta ciudad el 6 de diciembre de 2019 (fl. 376 C.1.), notificado el auto y corrido el traslado respectivo contestó la demandada en los términos del escrito visible en el archivo 02 expediente digitalizado

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con el cambio de razón social y negó los demás.
- Formuló como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, prescripción y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo de fecha 3 de junio de 2021 en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre CIRO ALFONSO GALVIS GALVIS en calidad de trabajador y PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 27 de febrero de 1998 al 01 de marzo del año 2018. Condenó a la demanda PROSEGUR VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA LTDA a reconocer y pagar al demandante los siguientes valores y conceptos:

- La suma de \$2.767.890 por concepto de reliquidación de cesantías
- \$394.980 por concepto de reliquidación de prima de servicios

- \$43.897 por concepto de reliquidación de intereses a las cesantías
- \$2.240.858 por concepto de reliquidación de vacaciones
- \$47.175 pesos diarios como sanción del artículo 65 del C.S.T. durante los primeros 24 meses, desde el 02 de marzo de 2018 al 01 de marzo de 2020, para un total de \$34.437.750 y los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre lo adeudado a partir del 02 de marzo de 2021 hasta que se realice el pago total de la obligación.
- Condenó en costas y agencias en derecho a la parte demandada

Llegó a esa decisión luego de analizar la cláusula de exclusión salarial suscrita entre las partes y la cláusula adicional respecto a la modificación del cargo que desempeñaba el demandante como supervisor de puestos de manera temporal con el pago de la diferencia salarial, sin indicar nada respecto a la cláusula de exclusión salarial. Respecto a la validez de la cláusula de exclusión salarial tuvo en cuenta la jurisprudencia para señalar que las partes tienen la facultad para acordarla pero que esta facultad no es absoluta. Revisó la cláusula de exclusión salarial y concluyó que, conforme a las nóminas aportadas se canceló el rubro de "medios de transporte" de manera permanente por un valor variable y que la finalidad de este rubro fue cubrir la labor desempeñada. Señaló que se pagaba auxilio de transporte y adicionalmente el medio de rodamiento y que el representante legal indicó en el interrogatorio de parte que no era permanente, sino que se cancelaba cuando el supervisor tenía que desplazarse, contrario a la documental.

Que la demandada tenía que probar cual era la finalidad de este pago y que en el mismo texto se indicaba que el trabajador tenía que superar una evaluación de méritos, esto es una evaluación al desempeño de la labor encomendada al actor. La parte demandada tenía que probar que este concepto era para sufragar gastos adicionales de transporte y no hay prueba alguna en este sentido, pues no se allegó prueba de las distancias que debía cubrir el trabajador pues en ese sentido no se aportó prueba alguna y por el contrario conforme a la cláusula mencionada, este bono dependía del desempeño del trabajador, por lo que correspondía a una retribución del servicio y no a un medio de transporte. En cuanto a la prescripción señaló que no hay reclamación posterior a la terminación de la relación laboral, pero que con la presentación de la demanda 28 de noviembre de 2019 se interrumpió la prescripción y en consecuencia se encontraban prescritas las prestaciones anteriores

al 28 de noviembre de 2016, salvo para las cesantías y las vacaciones. Dispuso la reliquidación de las acreencias en la forma relacionada anteriormente.

Respecto a la moratoria del artículo 65 del CST consideró que revisada la liquidación final de prestaciones sociales existía una diferencia en el pago con relación a las certificaciones expedidas y tomó para reliquidar las prestaciones la suma más alta, de donde concluyó que se liquidó sobre un monto menor y por ello no existió buena fe del empleador. Condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria sobre un día de salario devengado por los primeros 24 meses y a partir de allí los intereses moratorios sobre el salario adeudado.

En cuanto a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, señaló que la diferencia a cancelar se debía al pago del medio de transporte únicamente y no respecto de otros factores como si ocurría con la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que absolvió a la demandada de esa sanción. Condenó en costas a la parte demandada.

Recurso de apelación

Parte demandante. – No interpuso recurso.

Parte demandada. – Interpuso recurso de apelación respecto a que se tuvo en cuenta como salario el “medio de transporte”, para lo que se debió observar que existe una cláusula de exclusión salarial y se allegó certificación mediante la cual el cargo desempeñado fue modificado al de supervisor. Además, el representante legal en el interrogatorio de parte indicó que los supervisores debían desplazarse a los diferentes lugares donde la empresa tuviera puntos de actividad, por lo que se debió tener en cuenta el otrosí, pues el actor dejó de prestar servicios en un solo lugar y por ello el valor que percibía no tenía como propósito retribuir la actividad sino contribuir a los gastos de movilización. Que el trabajador debió demostrar que prestaba sus servicios en un solo lugar, prueba que se invertía al momento en que se demostró el cambio en la labor.

Que para la liquidación final de prestaciones sociales se hizo un promedio de horas extras y demás devengados por el trabajador y no tomó un salario mínimo sino un salario superior, por lo que estaban incluidos una serie de factores salariales

variables que tienen causación diferente por lo que la diferencia no da lugar a la moratoria. Que no existió mala fe de la empresa y canceló lo que de buena fe creyó deber al demandante. Que el demandante desistió de las pruebas testimoniales con las que debía probar que desarrolló la labor en un solo lugar, por lo que solicita se revoquen las condenas impuestas.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No allegó alegatos en esta instancia.

Parte demandada: Manifiesta que la relación laboral estuvo vigente por más de 20 años, en los cuales el trabajador, no presento objeción alguna respecto del salario y demás auxilios que le fueron cancelados, lo cual evidencia la mala fe en su actuar. Que con la prueba documental aportada al proceso se tiene que el actor desempeñaba funciones que le generaban traslados adicionales, razón por la cual se le hacía el pago del auxilio denominado medio de transporte, situación que no fue desconocida por la parte actora, por lo cual el valor pagado no retribuía directamente el servicio.

Frente a la indemnización moratoria dice que el despacho incurrió en un error al considerar que la compañía actuó de mala fe, pues omitió tener en cuenta que la suma fue pactada por las partes desde el inicio de la relación laboral, la cual como se dijo estuvo vigente por más de 20 años, durante los cuales no se recibió objeción alguna por parte del trabajador, por lo cual es claro que la demandada actuó atendiendo a lo pactado de común acuerdo. Así mismo, que no fue probada en el proceso la mala fe, pues el actor recibía mes a mes su nómina, por lo que es claro que Prosegur no intento jamar ocultar estas sumas de forma fraudulenta como lo pretende la parte actora y como lo entendió el juzgado de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

Parte demandada:

Carga de la prueba. – Indica la recurrente que en el presente caso se invertía la carga de la prueba por lo que le correspondía al demandante demostrar que prestaba sus servicios en un solo lugar. Al respecto se tiene en cuenta la jurisprudencia, en específico la sentencia SL4313 DE 2021 en la que se indica que, conforme al precedente de la Corporación, «el empleador [...] tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018 y SI 986-2021)».

En este orden de ideas, al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y es al empleador al que le corresponde la carga de la prueba respecto a demostrar lo contrario y por lo tanto el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carece del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del bono entregado de manera habitual y constante al trabajador, tal y como se expresó en la sentencia recurrida.

Por lo tanto, si el demandante acredita que el pago era habitual, periódico y permanente como sucede en este caso, aspecto que no fue objeto del recurso de apelación, al empleador le corresponde demostrar que su finalidad era contribuir en la prestación eficiente del servicio, más no su remuneración, por lo que no le asiste razón a la parte recurrente respecto a la inversión de la carga de la prueba.

Factor salarial del bono “medios de transporte”. - Procede el despacho a resolver las inconformidades de la parte actora respecto a que se tuvo en cuenta como salario el “medio de transporte”, para lo que argumenta que existe una cláusula de exclusión salarial y se allegaron certificaciones mediante las cuales se acreditó que el cargo desempeñado por el actor fue modificado al de supervisor, por lo que debía desplazarse a los diferentes lugares donde la empresa tuviera puntos de actividad, y por ello el valor que percibía no tenía como propósito retribuir la actividad sino contribuir a las gastos de movilización.

En relación con el carácter remuneratorio del bono denominado “medios de transporte” se deben analizar los elementos fácticos en aras de establecer cómo se consagró, y si con él se retribuyen o no directamente, los servicios prestados, pues conforme a la jurisprudencia no es suficiente que la denominación de un rubro coincida con la que consagra el artículo 128 del CST., como no constitutiva de salario; pues se impone la realidad sobre las formas y por ello, aunque exista estipulación en contrario; como en este caso, en que se suscribió una cláusula adicional para excluir el bono como factor salarial; por lo que se tendrá en cuenta la naturaleza salarial o no del bono, conforme a lo dispuesto en el artículo 127 ibídem y no de la formalidad de la cláusula (SL-1993 de 2019), por lo que se pasan a revisar las pruebas allegadas.

A folio 48 del archivo 2 del expediente digital, se observa la cláusula adicional “décima segunda” donde se indica textualmente: **“Adicionalmente al salario que recibe el trabajador por la labor a realizar, podrá recibir igualmente una bonificación o auxilio mensual, que cubre el transporte que debe utilizar el trabajador en su labor hasta la cuantía resultante de la puntuación que obtenga en la evaluación de méritos que realice el área operativa mensualmente. El empleador y el trabajador acuerdan libremente, que dicha suma no constituye salario ni dinero en especie, para efectos de liquidación de prestaciones sociales.”**

De la lectura de la citada cláusula adicional se deduce que la bonificación o auxilio mensual que se indica era para cubrir el transporte del trabajador, dependía de la puntuación que obtuviera en la **evaluación de méritos** que realizara el área operativa de la empresa, por lo que puede decirse que para el reconocimiento del bono denominado “medios de transporte” el trabajador debía superar una calificación del cumplimiento de los objetivos que la empresa determinara, toda vez que en ello consiste una evaluación de méritos, por lo que la finalidad de este bono no era para garantizar el cabal cumplimiento de las labores del trabajador y específicamente para cubrir el transporte que éste debía utilizar, sino para retribuir al trabajador por el cumplimiento de la evaluación de su labor, pues el pago del mismo dependía de la puntuación que obtuviera en la mencionada evaluación .

Es de resaltar que independientemente del cargo que desempeñara el actor, bien sea “guarda de seguridad” o “supervisor de puesto”, que es uno de los fundamentos de la apelación, lo cierto es que el bono no dependía de la cantidad de transporte que debiera utilizar o de la cantidad de viajes o distancias que debía cubrir en su labor, sino que dependía de la evaluación que de su labor realizaba mensualmente el área operativa de la empresa y por ello era variable y no porque dependiera de los trayectos o viajes que realizara en el mes.

Así las cosas, al ser un pago habitual que retribuye directamente el servicio, pues se reitera, dependía de la evaluación de sus méritos, debe ser considerado como salario y no puede dejar de serlo por un acuerdo entre las partes, razón por la que en este aspecto se confirmará la sentencia recurrida.

Indemnización moratoria. – Señala que se hizo un promedio de horas extras y demás devengados por el trabajador por lo que hay una diferencia en la liquidación, pero que no existió mala fe de la empresa ya que canceló lo que de buena fe creyó deber al demandante.

Sobre este punto en efecto, se observa que existen certificaciones laborales expedidas por la empleadora y conforme a lo indicado en la sentencia la liquidación de las prestaciones sociales se efectuó teniendo en cuenta el salario más alto certificado; sin embargo es necesario tener en cuenta que en la demanda no se solicitó tener en cuenta para la reliquidación de las prestaciones sociales conceptos diferentes al de “medios de transporte” como factor salarial y adicionalmente, es claro que la liquidación final de prestaciones sociales debe realizarse tomando como salario el promedio devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido de conformidad con el artículo 235 de CST y no con el salario más alto certificado por la empresa como se indicó en la sentencia, por lo que en efecto la base para la liquidación podía variar, como lo señala la parte recurrente.

As las cosas, conforme a la facultad extra petita que le permite al juez otorgar al trabajador lo que este no ha pedido pero que encuentra probado que tiene derecho, sería necesario establecer que conceptos no se tuvieron en cuenta para el efecto, lo que no sucedió en el proceso, pues la parte actora nada manifestó al respecto a que otros conceptos no se hubieran tomado en cuenta y revisada la liquidación final de prestaciones sociales se concluye que no se generó una diferencia de tal

magnitud que pueda ser considerada como una mala fe del empleador para imponer la condena al pago de la indemnización moratoria, sino como un error en la liquidación que le correspondía al actor por los 61 laborados en el año 2018 que fueron el objeto de la liquidación, toda vez que respecto de los demás conceptos se solicitó una reliquidación pues ya habían sido efectivamente cancelados.

Es necesario tener en cuenta que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, lo cual exonera al empleador de la indemnización, por lo que para verificar la buena o mala fe del empleador, deben analizarse los aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió el empleador y en este caso, analizadas las circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, se observa que la demandada siempre cumplió con las obligaciones que le correspondían, sin presentarse mora alguna en los pagos y si bien en la liquidación final de prestaciones sociales correspondiente a los 61 días laborados en el año 2018, se tomó un valor inferior al realmente devengado, la diferencia resultante no permite presumir la mala fe en que se fundamentó la sentencia, pues no se observa que con ello se pretendiera evadir el cumplimiento de la ley laboral y ciertamente las partes habían suscrito una cláusula de exclusión salarial por lo que es razonable que la demandada cancelara los pagos que consideró deber; razones por las que concluye la Sala existían razones serías y atendibles para efectuar el pago sin tener en cuenta el bono de "medios de transporte" y la liquidación final de prestaciones sociales si bien se efectuó por un valor inferior (diferencia total inferior a \$40.000, en el total del cálculo de todas las prestaciones sociales) esta no puede ser considerada como mala fe.

En consonancia con lo expuesto, habrá de revocarse la decisión de primera instancia, respecto de la indemnización moratoria y en su lugar se absolverá a la demandada de esta condena y se confirmará en lo demás

Costas. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia por cuanto prosperó parcialmente el recurso.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR el literal e) del ordinal segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de junio de 2021 para en su lugar absolver a la demandada de la condena allí impuesta.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia por cuanto prosperó parcialmente el recurso.

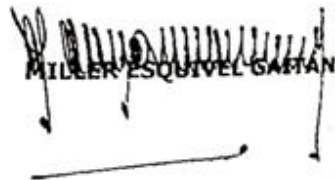
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NUBIA DEL SOCORRO VILLARRAGA FRANCO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR SA. Rad. 2020 00009 01 Juz 32.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NUBIA DEL SOCORRO VILLARRAGA FRANCO demandó a COLPENSIONES y a PORVENIR, para que se profieran las declaraciones y condenas visibles a folio 3.

- Ineficacia del traslado del RPM al RAIS
- Devolución a Colpensiones de todos los dineros causados en virtud de la afiliación al RAIS.
- Costas
- Uso de las facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 y 5. Se afilió al ISS el 18 de enero de 1980, se trasladó al RAIS el 13 de enero de 1999, el asesor comercial de la época no le brindó la información suficiente sobre las ventajas y desventajas brindada en cada régimen pensional, ni se le hizo un estudio de su situación personal. En el año

2004 se trasladó al ISS pero sus aporte fueron efectuados al RAIS sin ningún aviso. Nació el 05 de abril de 1961, y los 57 años de edad los cumplió en el año 2018, anualidad en la que PORVENIR hizo la simulación de su mesada con la modalidad retiro programado, cálculo en el que obtuvo una mesada pensional de \$1.875.400, por lo que procedió a hacer los mismos cálculos en el RPM, donde se promedió la mesada en \$5.498.260. Al 30 de enero de 2019 completa un total de 1.643 semanas. El 08 de agosto de 2019 agotó la reclamación administrativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad, las llamadas a juicio contestaron en los términos que se advierten en el cd del folio 67, así:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES tal como se verifica en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación al RPM, fecha de nacimiento de la actora, vinculación al ISS y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

La AFP PORVENIR contestó así:

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 30 de junio de 2022, mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

"PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. - DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante NUBIA DEL SOCORRO VILLARRAGA FRANCO a través de PORVENIR S.A., de fecha 13 de enero de 1999.

TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. - ORDENAR a la demandada **COLPENSIONES** a recibir a la demandante **NUBIA DEL SOCORRO VILLARRAGA FRANCO** como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

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

Llegó a esa determinación al advertir en síntesis que la AFP demandada no cumplió con su deber probatorio en los términos expuestos por la SL CSJ y en ese norte accedió a declarar ineficaz el traslado que la actora hizo al RAIS el 13 de enero de 1999, con la AFF PORVENIR con las consecuencias que la Corte ya ha enseñado.

Recurso de apelación

Porvenir alega que la decisión del A quo es contraria a principios constitucionales y legales, como la confianza legítima, libertad y voluntad de la actora para escoger régimen pensional. Considera que el tiempo de permanencia de la actora en el RAIS convalidó su decisión de traslado, dijo que el capital acumulado de la demandante supera los 500 millones de pesos y que esa suma generó rendimientos. Para el año 1999 no se le podía exigir la falta del deber de información en los términos que hizo el juez, además la demandante tenía la obligación como consumidora financiera de informarse de su situación y futuro pensional. De otra parte, alegó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y en ese sentido, la demandante no puede alegar que no conoce las características del sistema cuando los dos están plenamente individualizados en las normas que regulan la materia donde podía consultar la forma como se define el derecho pensional. No desconoce la línea jurisprudencial de la SL CSJ, no obstante, considera que el valor a retronar solo debe ser el capital y los rendimientos, por lo que las demás sumas al contar con un respaldo legal, haberse ya causado y no financiar la pensión no pueden ser objeto de devolución. Finalmente alega que la orden de devolver los dineros indexados es desproporcionada, como quiera que con los rendimientos se suple la posible devaluación que pudo haber sufrido la moneda.

Colpensiones, en síntesis, objeta la sentencia porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de los 10 años que prevé la ley 797/03 para cambiarse de régimen, ella no es beneficiaria del régimen de transición, además la decisión del juez afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema. Aduce que es

desmedido exigirle al Fondo unos requisitos que la Ley no establecía en su momento lo que vulnera el principio de la confianza legítima. De otro lado, pide que se condene a la AFP al pago de los perjuicios causados a COLPENSIONES, ya que es un tercero de buena fe que no participó en el negocio jurídico.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicita que se confirme el fallo de primera instancia.

Parte demandada: La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. ratificó lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C.P.T. y S.S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si es dable ordenar el traslado de la demandante al RPM y las consecuencias económicas que se derivan de esa decisión.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documental que milita a folio 14, donde la actora mediante derecho de petición radicado a Colpensiones el 08 de agosto de 2019 solicitó la nulidad de la afiliación al RAIS del 13 de enero de 1999 y pidió su retorno al RPM, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se trasladó de régimen el 13 de enero de 1999, tal como se verifica del formato de afiliación que esta a folio 66 del pdf de la respuesta de PORVENIR, visible a su vez en el cd que reposa a folio 67 del expediente.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien, la actora 13 de enero de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP, con el cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021⁴, SL3035-2021), recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que el deber de información a cargo de las administradoras es exigible desde su creación tal como fue precisado en la SL1688-2019, donde se expuso:

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, **la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».***

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la **obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las***

⁴ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público. (negrita fuera de texto)

PORVENIR indica que la orden de la juez afecta principios como confianza legítima e incluso la libertad de la demandante de escoger su régimen pensional, argumento que encuentra La Sala desfasado, en tanto, la observancia de este principio reclama un actuar honesto, de confianza, recto, con decoro y de credibilidad, al que se acogen todas las actuaciones de las autoridades públicas, privadas y particulares entre sí (Sentencia C-131/04), por lo que en observancia del principio alegado, conjugado con los postulados derivados de la buena fe, lo que se concluye es una falta de ética y grosero incumplimiento de los deberes descritos en la norma anterior (Decreto 663 de 1993), desconocidos por la AFP (quien tampoco puede alegar ni siquiera a su favor el art. 9 del Código civil) pues la AFP evidentemente defraudo la confianza depositada en ella, al momento en que la demandante decidió cambiarse de régimen, afectando la declaración de voluntad que plasmó la actora en el formulario pre impreso allegado, el cual no es prueba de ninguna asesoría, y dada las características para que fue creada y su participación en el sistema pensional era la AFP quien tenía la obligación de explicarle a la actora todas las características y condiciones que establece la ley 100/93 en cuanto a cada una de las prestaciones a cargo, y no pretender como lo alega en el recurso, que la demandante se ilustrara por sus propios medios, pues se insiste, la obligación de explicar estas distintas circunstancias es de la AFP.

En lo que respecta a las faltas al deber del consumidor financiero, lo que La Sala advierte es una falla absoluta a las obligaciones establecidas precisamente por parte de la entidad que alega la revisión de este ítem, pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca

de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

Tampoco es válido el argumento de Porvenir, al alegar que por el solo hecho de que la demandante haya permanecido en el RAIS por más de 20 años se convalidó o subsanó las falencias que cometió, pues se reitera, la valoración de su deberes se hace al momento en que se afilió la actora, por tanto ninguno de los argumentos expuestos están llamados a prosperar, y como se advierte que la orden del juez de declarar la ineficacia de la actora al RAIS se ajusta al material probatorio y lo enseñado por la jurisprudencia de la SL CSJ, La Sala **confirma** esta decisión.

Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.

Respecto a las apelaciones de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de las AFP a Colpensiones TODOS los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino al afiliado, el cual, lo deposita en

la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su beneficio pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible.

Ahora bien, como ya se indicó, es de recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, así como tampoco se genera un desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a la demandante en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores, así como tampoco se constituye un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Indexación

Respecto a la condena de la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración debitadas de la cuenta de ahorro individual de la afiliada debidamente indexadas, es de precisar que con la orden de devolver todas las sumas de dinero causadas por motivo de la afiliación de la demandante al RAIS se entiende que con ellas se garantiza la actualización monetaria de esos rubros, **siempre y cuando ésta devolución se efectúe en el término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia**, por lo que, bajo tal condicionamiento le asiste razón a la AFP apelante.

Así las cosas, se va a **modificar** la sentencia en su ordinal tercero donde se condenó a **PORVENIR** a este pago, **el que se condiciona** a que **el traslado de todos los dineros se efectúe en los quince días referidos, so pena de asumir la indexación ordenada por el A quo.**

De otra parte, COLPENSIONES señala que es un tercero de buena fe, que no intervino en el negocio jurídico que fue adelantado entre la promotora del proceso y la AFP, y que, de confirmarse la sentencia, se debe ordenar el pago de los perjuicios que se causan con la decisión de retorno de la actora. Sobre este pedimento es de indicar que esto no fue objeto de demanda (*ni existe una demanda de reconvención en ese sentido*), en consecuencia, si Colpensiones advierte que debe en salvaguarda de sus derechos elevar cualquier tipo de reclamación a la AFP

en pro de indemnizar algún daño o detrimento en sus intereses, bien puede acudir directamente a las acciones legales que el legislador estableció para tales fines. Ahora, se pide que se revoque la sentencia porque la demandante está inmersa en la prohibición de los 10 años que prevé la ley 797/03, aunado a que no es beneficiaria del régimen de transición, consideración que resulta desacertada, en tanto, estos requisitos no están llamados a ser valorados en los casos en los que se solicita la ineficacia de traslado de régimen pensional, ya que el estudio del proceso responde a la verificación del cumplimiento del deber de información que desplegó el Fondo al momento de afiliar a la demandante al RAIS, por lo que si bien el resultado es la ubicación de la actora en el RPM, tal consecuencia no deriva de la existencia o no de un beneficio transicional o un derecho adquirido, pues se insiste, corresponde a la verificación del deber de información en cabeza de la AFP.

En cuanto a la afectación de la sostenibilidad financiera, ya la SL CSJ ha indicado en diferentes oportunidades que con la orden de devolver a Colpensiones todos los dineros que se causaron con motivo de la afiliación al RAIS, se garantiza la continuidad del principio alegado, y es por esta razón que en tratándose de ineficacias de traslado pensional, no solo se debe retornar el capital y el rendimiento que se generó en la cuenta de ahorro individual de la actora (como aduce Porvenir) ya que son todas las sumas de dinero para garantizar este principio son utilizada para financiar la respectiva prestación.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho. No se impone condena en costas a PORVENIR porque prosperó parcialmente su recurso, en cuanto a la indexación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el juez 32 laboral del circuito de Bogotá del 30 de junio de 2022, el cual quedará así:

"TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR a la demandada **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima"**

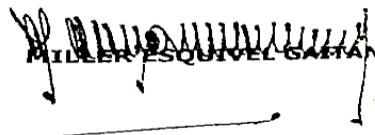
SEGUNDO. – en lo demás **confirmar** la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. - Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELSA MARÍN VILLALOBOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2021 – 00402 01 Juz. 32.

En Bogotá D.C., a los doce (12) días de diciembre de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ELSA MARÍN VILLALOBOS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 107 del archivo 1 del expediente digital.

- Nulidad o ineficacia de traslado del RPM al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. efectuado por la demandante y declarar válida la afiliación al RPM
- Restituir los valores obtenidos en virtud de la afiliación, cotizaciones, bonos y rendimiento a COLPENSIONES
- Ordenar a COLPENSIONES contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS
- Costas del proceso y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 108 y 109 del archivo del expediente digital. La demandante nació el 26 de febrero de 1969 y estuvo afiliada al ISS desde junio de 1991 y se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. en octubre de 1995 sin ser asesorada de manera transparente y completa sobre los riesgos, desventajas o inconvenientes del traslado, ya que no se tuvo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando. Que a la fecha cuenta con 1538 semanas de cotización y el 2 de junio de 2021 solicitó a

COLPENSIONES el traslado del régimen de Ahorro individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que fue rechazado mediante comunicación de la misma fecha.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de esta ciudad el 15 de octubre de 2019 (archivo 3), notificadas las demandadas y corrido el traslado, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito que obra en el archivo 05 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, las cotizaciones efectuadas al ISS, la solicitud de traslado, la respuesta negativa de COLPENSIONES y manifestó que no le constan los demás hechos.
- Formuló como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de régimen, 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 (Acto Legislativo que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** En los términos del escrito que obra en el archivo 04 del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- En cuanto a los hechos relacionados con la prueba documental aportada y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de

restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión y la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de septiembre de 2022 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. Declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante ELSA MARÍN VILLALOBOS a través de PROTECCIÓN S.A., el 12 de septiembre de 1995. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante ELSA MARÍN VILLALOBOS como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la Jurisprudencia de la CSJ SL desde la creación de las AFP existe la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen y conforme a las pruebas allegadas al expediente, entre ellas la historia laboral de la demandante, es claro que la actora cotizó al ISS antes de su traslado a la AFP y que el traslado de régimen se efectuó a través de PROTECCIÓN S.A. sin tener en cuenta la situación de la afiliada para ese momento; ella confió en la información sobre las bondades del sistema pero no le informaron respecto a las desventajas y no tiene claros los requisitos para pensionarse. Que el fondo privado no demostró haber cumplido con la carga que le asistía de informar al demandante de manera completa y adecuada sobre las implicaciones del traslado de régimen, por lo que con la simple suscripción del documento de afiliación no es suficiente prueba para demostrar que se cumplió con el deber de información. Declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y gastos de

administración y seguros previsionales conforme a la sentencia SL.2877 de 2020. Condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Argumentó que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad de traslado de régimen, pero esta limitado a que le falten 10 años o menos y la demandante se encuentra dentro de esta restricción, lo que afecta la sostenibilidad del sistema como ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y no contaba con 15 años de cotizaciones antes del 1º de abril de 1994, por lo que no procedía el traslado de régimen ordenado. Que en el interrogatorio de parte ella aceptó que solo en el 2021 ella no averiguó y el desconocimiento de ley no es causa para la ineficacia. Que COLPENSIONES no fue parte del acto jurídico por lo que su representada no puede verse afectada con la decisión.

PROTECCIÓN S.A. : No interpuso recurso.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión de primera instancia.

Parte demandada: La administradora colombiana de pensiones Colpensiones ratifica lo manifestado en su recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 27 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante

COLPENSIONES radicadas el 2 de junio de 2021 y la consecuente respuesta negativa del fondo público de la misma fecha (fl. 33), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A. el 14 de septiembre de 1995 (fl. 19 archivo 4), afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PROTECCIÓN S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante diligenció una solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., como se indicó anteriormente, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de

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

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

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

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

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

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

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse. Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación

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

³ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostraron las AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A., ya que se limitaron a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero, sin embargo, conforme al interrogatorio de parte absuelto por ella, manifestó que estaba laborando en la empresa donde aún presta sus servicios y los citaron a reunión a todos los empleados y un asesor les dio una conferencia sobre las bondades del sistema y se afiliaron a la AFP, recuerda que le informaron que era una cuenta como un banco en donde sabía cuánto dinero tenía, no era de todo el mundo y se podía pensionar desde los 45 años. Dijo que firmó de manera libre y voluntaria, y que se quiere regresar porque el año pasado pidió una asesoría para incrementar sus dineros y el asesor le explicó todo y se dio cuenta que ese dinero no le alcanzaba para pensionarse y por eso empezó a indagar y solicitó el traslado. No solicitó la pensión anticipada y no sabe como se hace. Recibe extractos y creía que tenía mucho dinero. Que no se reunió con otro asesor después de eso. Que se siente engañaba porque se fue con la expectativa de tener mucho dinero a la hora de pensionarse y solo ahora se dio cuenta de las diferencias con el ISS. No ha solicitado información a COLPENSIONES y no se devolvió porque siempre estuvo convencida que se pensionaría en PROTECCIÓN.

Una vez verificada la declaración rendida por la actora y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que la AFP demandada no demostró haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC y teniendo en cuenta las cotizaciones con las que contaba, o cuánto necesitaba tener en su cuenta de

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma, ni siquiera por la permanencia por un lapso prolongado de tiempo en el RAIS.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

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

En cuanto la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen como lo indica la recurrente, sino de la ineficacia del traslado

⁵ “Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

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

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

(...)

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

realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, régimen al que se encontraba afiliada antes del traslado al RAIS y razón por la que no le es aplicable al caso la jurisprudencia citada proferida por la Corte Constitucional, pues allí se trata de una situación diferente a la aquí analizada.

Es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público (SL2877-2020) y tampoco generan un enriquecimiento injustificado a favor del fondo público.

"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."

Igualmente, en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, se dijo:

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

[...]

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

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

En cuanto a que en el interrogatorio de parte la demandante aceptó que solo en el 2021 averiguó si situación, se dirá que no era obligación de la parte actora de consultar por su cuenta sobre el régimen que le beneficiaba, como se indica en el recurso, toda vez que para la época del traslado en el año 1995 no había sido expedida la Ley 1328 de 2009.

Por otra parte respecto al desconocimiento de la norma, debe señalarse que la Ley 100 de 1993 no contiene los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, como tampoco la forma en que se liquidará el monto de la pensión en cada uno de ellos, ni la diferencia en el pago de los aportes para acceder a la pensión, o las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión, que es lo que se echa de menos en la información que debía suministrar la AFP a la demandante, para su caso en particular al momento del traslado, por lo que no se trata del desconocimiento de la ley.

Con relación a que COLPENSIONES no fue parte del acto jurídico por lo que su representada no puede verse afectada con la decisión, se resalta que la consecuencia de la ineficacia del traslado es el regreso de la demandante al régimen al que se encontraba afiliada antes del traslado y es por ello que regresa al régimen de prima media que administra COLPENSIONES y en caso de que considere que se ve afectada con la decisión puede demandar al fondo para que se declaren y paguen

los perjuicios que el acto jurídico le pudo ocasionar, en caso de hallarse demostrados.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES** quien es la parte recurrente vencida en esta instancia. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de septiembre de dos mil veinte (2022) por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES** como única recurrente. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

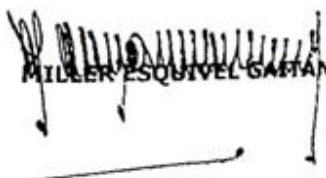
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN ROSA BARRIO PEÑUELA CONTRA MACHADO Y MOLINA ASOCIADOS LTDA. hoy MACHADO Y MOLINA ASOCIADOS S.A.S. Rad. 2019 - 00102 - 01. Juz. 33.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARMEN ROSA BARRIOS PEÑUELA demanda a MACHADO Y MOLINA ASOCIADOS LTDA hoy MACHADO Y MOLINA ASOCIADOS S.A.S. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 4 a 6.

- Se declare conforme a la primacía de la realidad la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 23 de junio de 2003 al 17 de diciembre de 2015, con un salario de \$3.060.000 constituido por \$1.860.000 como asignación básica y \$1.200.000 por comisiones.
- Se condene a la demandada al pago de la liquidación final del contrato de trabajo, prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones.
- Se reintegre los valores descontados por retención en la fuente y los pagos efectuados por seguridad social integral
- El cálculo actuarial por el monto no cancelado a pensiones por la no afiliación a seguridad social
- Indemnización por despido sin justa causa
- Indemnización moratoria
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 7 a 9 que se resumen de la siguiente manera: La señora CARMEN ROSA BARRIOS PEÑUELA prestó sus servicios a la empresa MACHADO Y MOLINA ASOCIADOS LTDA hoy S.A.S. desde el 23 de junio

de 2003 y hasta el 17 de diciembre de 2015, bajo la subordinación y dependencia de su jefe inmediato Sra. Claudia Pilar Molina, cumpliendo un horario de trabajo en el cargo de Asistente Administrativa y Contable con un salario de \$3.060.000, prestando sus servicios en las instalaciones de la empresa. Que presentaba cuentas de cobro mensuales por el valor estipulado. La empresa omitió afiliarla a seguridad social integral y le exigió aportar las planillas de seguridad social como independiente para el pago de su salario

El contrato se dio por terminado de manera unilateral y sin justa causa con el argumento de un recorte de personal el día 17 de diciembre de 2015 sin cancelar la liquidación final de prestaciones sociales y el 21 de noviembre de 2016 suscribieron un acuerdo conciliatorio parcial frente a los honorarios adeudados, pero no se concilió respecto a las prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad el 28 de mayo de 2019 (fl.62); notificada la demandada y corrido el traslado respectivo, contestó en los términos del escrito que obra a folios 75 a 89:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la conciliación respecto de los honorarios adeudados y manifestó que no son ciertos los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juico a cargo de la demandada, falta de título y de causa en la demandante, prescripción, pago de los derechos legalmente causados y compensación.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 10 de agosto de 2021 en la cual la cual declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 24 de junio de 2003 y hasta el 17 de diciembre de 2015 en el que el último salario devengado fue la suma de \$1.965.000 y condenó a la demandada a pagar a la actora los siguientes valores y conceptos:

Cesantías de todo el tiempo laborado	\$23.252.500
Intereses a las cesantías del 17/12/12 al 17/12/15	\$ 433.655
Prima de servicios del 17/12/12 al 17/12/15	\$ 4.404.875
Vacaciones del 17/12/12 al 17/12/15	\$ 3.195.854

Indemnización por despido sin justa causa \$ 17.004.455

Condenó al pago de la Indemnización del artículo 65 del CST a partir del 11/12/15 al 17/12/17 y a los intereses moratorios a partir del 18/12/17 los que liquidados al 6/08/21, fecha de la sentencia, dio como resultado en la suma de \$356.716.588

Ordenó la restitución de los valores descontados por RETEICA \$ 73.930

Ordenó el reintegro a la demandante del valor que le correspondía cancelar como empleadora por los aportes a seguridad social entre el 23 de junio de 2003 y el 17 de diciembre de 2015; al pago del cálculo actuarial que indique la entidad de seguridad social liquidado con base en el salario realmente devengado y a pagar el porcentaje que le correspondía como empleador.

Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las obligaciones laborales causadas con anterioridad el 17 de diciembre de 2012, salvo para las cesantías y no probadas las demás excepciones y condenó en costas a la demandada.

Llegó a esta determinación luego de encontrar probada la existencia de la relación laboral, pues conforme a las pruebas allegadas, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación y dependencia y la remuneración fueron acreditadas y permanecieron hasta el final del vínculo. Respecto al salario tuvo en cuenta las certificaciones laborales expedidas por la demandada y conforme a ello efectuó la liquidación de las acreencias laborales que le correspondían a la demandante incluida la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo al no existir prueba de una justa causa para la terminación de la relación y ordenó el reintegro de los valores descontados por RETEICA que le no correspondía pagar a la demandante. Respecto a la seguridad social, dispuso que la demandada efectuara el pago del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 24 de junio de 2003 y el 17 de diciembre de 2015 con base en el salario efectivamente devengado y pagar el porcentaje que le correspondía al empleador por las diferencias entre lo cotizado por la demandante y lo que debía cotizar. Condenó al pago de la indemnización moratoria por cuanto se trató de ocultar la existencia de una verdadera relación laboral con el cambio de horario y de funciones a la trabajadora. Declaró probada la excepción de prescripción en forma parcial para las acreencias laborales causadas con anterioridad al 17 de diciembre de 2012, para lo que tuvo en cuenta que la relación laboral terminó el 17 de diciembre de 2015 y la demandante acudió al Ministerio del Trabajo el 21 de noviembre de 2016 con lo que interrumpió el término prescriptivo y al presentar la demanda el 28 de enero de 2019

estaba dentro del término trienal establecido en la norma. Condenó en costas a la parte demandada.

APELACIÓN

Demandante. - Interpuso recurso de apelación únicamente en relación con la prescripción de las vacaciones, para lo que señaló que al respecto debe tenerse en cuenta el numeral 3º del artículo 190 del CST.

Demandada. – Argumentó que la demandante ejecuto sus labores con autonomía y sin estar bajo la subordinación y dependencia de la demandada, pues en el interrogatorio de parte la actora indicó que desarrollaba actividades de digitación del área contable y administrativa y facturación que eran aprobados por el contador Luis Agudelo, lo que fue ratificado por el testigo Luis Horacio Agudelo, pero ella a veces iba y a veces no, para la aprobación de los estados financieros. Respecto al testimonio del señor Fonseca considera que no se puede determinar que existiera una relación laboral y en cuanto a los correos electrónicos señala que lo allí manifestado no determinan la existencia de un contrato de trabajo. El cumplimiento de un horario de trabajo no hace viable concluir forzosamente la existencia de un contrato de trabajo, pues conforme a la jurisprudencia no es un elemento determinante de la subordinación como lo indica la jurisprudencia. Que la demandante en la misiva del 17 de diciembre de 2015 no manifiesta inconformidad respecto de la vinculación. Frente a la indemnización moratoria manifiesta que debe tenerse en cuenta que la demanda se presentó cuando habían transcurrido más de 24 meses desde la terminación del vínculo, por lo que considera no puede operar dicha condena. Por último, manifiesta que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la citación al Ministerio de Trabajo no implica una reclamación, además que lo allí reclamado no corresponde con el objeto de la demanda.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No presentó alegatos en esta instancia

Parte demandada: En los alegatos presentados en esta instancia manifiesta el recurrente que de las pruebas decretadas y practicadas en el proceso, se demostró a las claras que la señora BARRIOS ejecutó labores intermitentes y discontinuas, con total autonomía, no prestó sus servicios de manera personal, ni bajo continua subordinación y dependencia y quedó demostrado al absolver el interrogatorio la demandante que confesó que desarrollaba labores de digitalización contable, facturación, comprobantes de egreso entre otros, aprobados por el contador señor

LUIS HORACIO AGUDELO, lo que fue ratificado por el testigo; actividades que no son propias del giro ordinario de la compañía demandada.

Adicionalmente, la demandante fue renuente a manifestar que a la par que ejecutaba servicios de digitalización contable para la demandada, tenía una relación laboral con la empresa TEXTOS Y AGENDAS, señalando que era un favor; con lo que queda demostrado que la actora tenía total autonomía para ejecutar los procesos de digitalización.

Señala como incongruente la prueba testimonial practicada por el contador AGUDELO, que da por sentado que la demandante desarrollaba las mismas actividades que la cónyuge, señalado cuando asistía una vez por semana para la aprobación del proceso de digitalización contable con la demandante.

Manifestó que el A quo calificó como sospechosa la actitud de la Representante Legal al momento de absolver el interrogatorio de parte, para lo que indica que debió en esa etapa del proceso manifestar la presunta irregularidad y no ponerla de presente al momento de la sentencia.

En relación con los correos electrónicos, señaló que no cumplen con los lineamientos establecidos tanto en la Ley 527 de 1999 y los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, habida cuenta no se reflejan la recepción por parte de la demandada por lo que carecen de confiabilidad y eficacia probatoria.

En relación con la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., indica que la señora CARMEN ROSA BARRIOS, terminó el contrato de prestación de servicios de forma libre y voluntaria y que tampoco procede la condena del artículo 65 del C.S.T., toda vez no existió un contrato de trabajo.

Por último, señala que debe tener en cuenta que parte actora interpuso la demanda 24 meses después de la terminación del contrato de naturaleza civil que existió entre las partes y respecto al cálculo actuarial a que fue objeto de condena la demandada, solicita se tenga en cuenta que la actora bajo el principio de autonomía e independencia efectuaba sus aportes al sistema general de seguridad social en salud y pensión, acreditando los mismos con su correspondiente cuenta de cobro al contador AGUDELO, el cual los aprobaba y autorizaba su pago; procedimiento que confesó la actora al absolver el interrogatorio y que fue corroborado por el señor AGUDELO en su testimonio; quedando por demostrado la inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes.

CONSIDERACIONES

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

Contrato de trabajo

Argumental para parte recurrente como primer punto a resolver, que no se demostró en el proceso conforme a las pruebas allegadas la existencia de un contrato de trabajo.

Para que se configure un contrato de trabajo deben confluir unos elementos que están definidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que corresponden a la labor personal desarrollada por el trabajador, la continuada subordinación y la remuneración.

Respecto a estos elementos se tiene que la labor debe ser realizada en forma personal por el trabajador, es decir, que no puede delegarse a otra persona; igualmente debe realizarse bajo la subordinación y dependencia continuada del empleador quien tiene la facultad de impartir órdenes al trabajador y este la obligación de acatarlas en todo momento, y por último la retribución, salario o remuneración como contraprestación de la actividad personal realizada por el trabajador.

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, por lo que le basta al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma que éste se dio bajo un contrato de trabajo, por lo que se procede a revisar las pruebas allegadas al proceso.

La señora Carmen Rosa Barrios manifestó en el interrogatorio de parte que fue contratada por la señora Claudia Pilar Molina con un sueldo inicial de \$800.000 en el año 2003 y un horario de trabajo de 8 am a 5 pm y una hora de almuerzo, para prestar sus servicios en una oficina que ellos tenían en Palermo y que en el año 2013 o 2014 la pasaron a medio tiempo para facturar o como tesorera, porque ella había contratado a un contador. Que sus labores eran las de auxiliar contable, digitalizaba la contabilidad en el sistema contestaba el teléfono, hacía cartas, facturaba y hacía

los ingresos a seguridad social de los empleados, parte administrativa y parte del archivo, que la información la entregaba a la señora Claudia Pilar que era la Directora Administrativa y Comercial y cuando ella se fue a trabajar a otra empresa, ella tenía que ir los sábados para entregarle la información y para revisar con ella la información. Indicó que ella digitaba la información del movimiento contable en el sistema Elisa y el contador la revisaba porque era quien presentaba los balances, los que eran autorizados por Claudia Pilar Molina. Dijo que nunca trabajó desde casa y siempre cumplió horario, ya que si llegaba tarde o salía antes de la hora la regañaban o le pasaban memorando. Que cuando pasó a medio tiempo, ella (Claudia Pilar) le ofreció un salario por los 15 días y le indicó los días en que debía ir, porque en esos días debía facturar y revisar la retención, ella ya no digitaba documentos, sino que pasó a revisar lo que hacía la auxiliar de la contadora, que era una niña contratada por la contadora que iba una o dos veces por semana para digitar documentos. Respecto al vínculo con TEXTOS Y AGENDAS EU manifestó que trabajó con ellos antes de iniciar con la demandada, inició en el 2001, prestaba servicios en el área comercial para ofrecer servicios de impresión y papelería, pero el negocio cerro y por eso terminaron las labores; que le pidió el favor a TEXTOS Y AGENDAS que la dejaran en seguridad social porque en la empresa no le pagaban seguridad social y ellos le hicieron el favor de dejarla, pero ella pagaba de su bolsillo esos aportes.

La representante legal de la demandada manifestó en el interrogatorio ser economista especializada en finanzas y conoce a la demandante desde mediados de 2003 porque la recomendaron para prestar servicios de digitación contable y esporádicamente servicios de mensajería y en el 2012 acordaron un contrato de prestación de servicios también esporádicamente y con autonomía hasta el 2015; ella prestaba servicios de digitación en lo relativo a transacciones y movimiento semanal de la empresa y la información se entregaba a los asesores contables; que ella desde su casa podía dar el apoyo que necesitaban en los programas propios de office y otros que tuvo la empresa en la medida de su disponibilidad de tiempo, porque ella trabajaba con TEXTOS Y AGENDAS; otras veces lo hacía desde la oficina para revisar o aclarar apartes del movimiento, lo que se asignaba de común acuerdo. Dijo que ella siempre ha tenido un contador y este tiene su asistente contable. Ella era quien supervisaba la labor de la demandante, del contador y el asesor contable de turno; la demandante no tenía horario y presentaba cuentas de cobro con los aportes a seguridad social.

La testigo ÁNGELA JOHANA GONZÁLEZ TELLO, manifestó ser contadora pública en la empresa demandada por lo que se propuso tacha de sospecha, dijo haber remplazado a Luis Horacio el anterior contador; conoce a la demandante como contratista independiente desde julio de 2014 cuando ella ingresó a trabajar en la

compañía, donde la demandante netamente realizaba procesos de digitalización de documentos contables; que ella asistía una vez por semana cuando ella iba a la compañía con su asistente y revisaba el trabajo que realizaba la demandante; ella presentaba una cuenta de cobro con el pago de seguridad social y no conoce con anterioridad a julio de 2014 cómo eran los servicios; que como tal no había supervisión, le asignaban las actividades y las desarrollaba de acuerdo a su contrato de prestación de servicios y entregaba el trabajo final, pero no conoce en detalle la labor al interior de la empresa y no conoce, una por una, las actividades que ella desarrollaba en la empresa, solo que ella recibía la cuenta de cobro que pasaba la demandante.

El testigo señor LUIS HORACIO AGUDELO, manifestó que fue asesor externo de la empresa demandada en la parte contable desde un año o año y medio antes de que entrara la actora y hasta el 2012 o 2013. Conoce que la demandante llegó a trabajar en la empresa por prestación de servicios, estaba en la secretaría y en la parte contable, era quien digitalizaba la información contable y él la revisaba semanalmente. No recuerda la fecha exacta en que ella ingresó, pero cree que fue en el 2003 o 2004 porque ella pasó a remplazar a su hermana quien era anteriormente la auxiliar contable de la compañía. La demandante hacía también lo relacionado con la recepción y revisión de toda la correspondencia que llegara a la compañía y ella se encargaba de distribuirla a las diferentes dependencias; el mensajero la remplazaba en caso de ausencia esporádicamente; también debía enviar comunicaciones al exterior, realizar la organización de documentos contables y la revisión de cumplimiento de las normas contables; que los impuestos se hubieran liquidado correctamente y digitalización en el programa de contabilidad de la compañía, incluso labores de mensajería, lo que se hizo siempre en las oficinas de la compañía que quedaban de Palermo y era a diario pues ella se encargaba de abrir la oficina a las 7:30 am porque era quien tenía las llaves e incluso él debió esperar a que ella llegara a abrir la oficina; dice que recibía ordenes, pues no podía hacer nada a modo propio sino por órdenes del señor Machado o la señora Claudia o alguna otra persona dentro de la empresa. Escuchó que le habían llamado la atención por llegar tarde pero nunca lo vio. Afirma que ella iba todos los días a la oficina porque lo llamaba constantemente para pedirle información y en esa época no todos tenían celular, por lo que llamaba desde el teléfono fijo de la oficina y siempre que él fue a la oficina ella estaba ahí.

JOSE FERNANDO FONSECA fue compañero de trabajo de la demandante entre el 2009 y el 2012, señaló que ella iba todos los días a la oficina, que tenía horario de entrada, pero no de salida y que también iba los sábados cuando era cierre de mes y que Claudia llegaba a las 4 de la tarde y por ello la señora Carmen le tocaba

quedarse después de la hora de salida por lo que él la acompañaba al transporte; confirma las labores que indicó el testigo anterior y dijo que ella era la mano derecha de la señora Claudia Pilar quien le asignaban funciones.

De las pruebas antes señaladas se puede establecer claramente la prestación del servicio, lo que es corroborado con la siguiente prueba documental

- Certificación expedida por la empresa (fl. 10) conforme a la cual la actora prestó sus servicios profesionales desde el 24 de junio de 2003 con un ingreso mensual de \$1.664.000 más comisión por ventas del 0.5% suscrita por el señor Fernando Machado en calidad de representante legal de la empresa.
- Certificación expedida el 14 de octubre de 2013 (fl. 11) conforme a la cual la actora tenía contrato por prestación de servicios de digitación para el área de Administración y Contabilidad desde junio de 2003 con un ingreso promedio de \$1.965.000
- Certificación expedida el 20 de enero de 2014 (fl. 12), con la que se acredita que prestó sus servicios de digitación para el área de Administración y Contabilidad de la empresa demandada mediante contrato de prestación de servicios desde junio de 2003 con un ingreso de \$1.965.000
- Contrato de prestación de servicios (fl. 13 a 16), para prestar servicios de digitación en el área de administración y contabilidad suscrito el 2 de enero de 2012 con una duración de 12 meses.

De las pruebas así relacionadas se puede dar por demostrada la prestación personal del servicio y conforme al artículo 24 del CST la existencia de una relación laboral, por lo que le correspondía a la parte demandada desvirtuarla; lo que no hizo, pues acorde con la documental y con lo manifestado por el señor LUIS HORACIO AGUDELO quien prestó sus servicios a la empresa desde antes de que se vinculara a la demandante en el año 2003 y hasta el año 2012, ella estaba en la secretaría y en la parte contable, era quien digitalizaba la información contable, hacía también lo relacionado con la recepción y revisión de toda la correspondencia que llegaba a la compañía y se encargaba de distribuirla a las diferentes dependencias e incluso labores de mensajería; debía enviar las comunicaciones al exterior, realizar la organización de documentos contables y revisar el cumplimiento de las normas contables, que los impuestos se hubieran liquidado correctamente y digitalizara en el programa de contabilidad de la compañía toda la información contable, lo que se hacía en las oficinas de la compañía en Palermo en forma diaria; se encargaba de abrir la oficina a las 7:30 am porque era quien tenía las llaves y recibía órdenes del señor Machado o la señora Claudia, lo que es creíble toda vez que tenía conocimiento directo de las labores que realizaba la demandante; es claro, coherente y conciso en su declaración; además de haber prestado sus servicios a la empresa

desde el 2003 hasta el 2012, esto es, la mayor parte del tiempo en que la demandante laboró en la compañía, lo que fue confirmado con el testimonio del señor Fonseca.

Por otra parte, la testigo ÁNGELA JOHANA GONZÁLEZ TELLO, manifestó conocer a la demandante desde julio de 2014 cuando ella ingresó a trabajar en la compañía, por lo que no puede tener conocimiento de la forma en que laboró la actora desde el año 2003 (11 años atrás); además manifestó no conocer con anterioridad a julio de 2014 cómo eran los servicios que cumplía la demandante y no ofrece credibilidad su dicho respecto a que no había supervisión del trabajo de la demandante, pues ella misma indicó que no conoce en detalle la labor que ella realizaba al interior de la empresa y no conoce, una por una, las actividades que ella desarrollaba, razón por la que con este testigo no se desvirtúa la subordinación y dependencia cuya prueba le correspondía a la demandada.

Por lo tanto, independientemente de la actitud que demostró la representante legal en la audiencia en la que rindió el interrogatorio y de la validez o no de los correos electrónicos que fueron aportados, lo cierto es que con las pruebas antes reseñadas se acreditada la existencia de la relación laboral, dada la prestación personal del servicio y la subordinación y dependencia de la trabajadora respecto de su empleadora, pues no solo realizaba personalmente labores contables, sino también labores de secretaría (recepción y distribución de documentos) e incluso de mensajería y por lo tanto no puede considerarse que prestara estas labores de manera independiente y sin subordinación, por lo que es procedente la condena al pago de las acreencias laborales que se decretaron en primera instancia, razón por la que se debe confirmar en estos puntos la decisión de primera instancia.

Las cotizaciones a seguridad social no desvirtúan la relación laboral, pues no se demostró que ella prestara sus servicios a Textos y Agendas como lo pretende el recurrente, pues es claro que esta fue la empresa a la que ella había prestados sus servicios con anterioridad y que ella pagaba sus aportes a través de esta empresa. Motivo por el que procede la condena al pago del cálculo actuarial sobre el salario realmente devengado como fue ordenado en la sentencia.

Indemnización del artículo 64 del CST. Sobre este aspecto se debe tener en cuenta que la terminación del contrato de dio el 17 de diciembre de 2015 acreditado con la carta que obra a folios 20 a 21 mediante la cual hace entrega de su puesto de trabajo, lo que manifestó, hizo por cuanto se negó a aceptar el nuevo contrato de prestación de servicios que le ofrecía la demandada que redujo el tiempo de trabajo a siete días lo que desmejoraba las condiciones laborales, y por tanto se

presentó un despido indirecto por causa imputable al empleador, sin que la demandada aportara al proceso prueba alguna en contrario y como se encuentra acreditada la existencia de un contrato verbal desde junio de 2003, procede la condena al pago de la indemnización por terminación del contrato en la forma establecida en el mencionado artículo.

Indemnización moratoria. – La demandada incumplió el pago de sus obligaciones laborales durante la vinculación laboral y a la terminación del mismo; por el contrario se observa que no obstante la vinculación de manera verbal el contrato de prestación de servicios se suscribió posteriormente, esto es en el año 2012, con lo que tal y como lo consideró el A-quo, lo que se pretendió fue ocultar la existencia de la relación laboral que se venía presentando desde el año 2003, toda vez que la actora venía prestando sus servicios en forma continua y bajo la subordinación y dependencia de la empleadora pues las labores que desempeñaba no podían prestarse de manera independiente, pues es claro que no solo prestaba labores de auxiliar de contabilidad, sino también labores secretariales e incluso de mensajería, de lo que no puede deducirse una razón justificada para que la demandada considerara que no debía pagar las prestaciones laborales correspondientes y que permita eximirla de esta condena.

Reclamación y prescripción. - Respecto a que la citación a la demandada ante el Ministerio de Trabajo no puede considerarse como una reclamación, se tiene en cuenta lo indicado en la sentencia SL-5159 de 2020 donde al respecto indicó:

“Al respecto, esta Sala ha adoctrinado que con ese "reclamo escrito" lo que el legislador pretendió fue que el empleador, ante el eventual inicio de un proceso judicial, hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese "simple reclamo por escrito" puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud por escrito que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural (CSJ SL, 2 sep. 2020, rad. 55445)».

En concordancia con lo expuesto, como a folio 8 y 9 obra el acta de la audiencia de conciliación ante la Inspección de Trabajo, se reclamaron las prestaciones, aportes a seguridad social e indemnizaciones, se tendrá esta fecha como la interrupción de la prescripción tal como lo determinó la sentencia de primera instancia.

Las demás condenas impuestas en la sentencia no fueron objeto de apelación por la parte demandada, razón por la que no serán objeto de estudio.

Prescripción de las vacaciones. - Esta condena fue objeto de apelación por la parte actora en relación con la prescripción de las vacaciones, para lo que manifestó que debe tenerse en cuenta el numeral 3º del artículo 190 del CST.

Las vacaciones tienen un tratamiento diferente a los otros derechos laborales, puesto que estas se causan al cumplir un año de servicios y deben ser otorgadas dentro del año siguiente a aquel en que se obtuvo el derecho a disfrutarlas, por lo que el trabajador sólo las puede exigir una vez haya pasado un año de haberse causado el derecho, por lo que la prescripción es de 4 años contados a partir de la fecha de la obtención del derecho a disfrutarlas, y ese derecho surge al cumplir un año de trabajo.

En ese sentido se pronunció la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 46704 del del 26 de octubre de 2016:

«... no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción salvo las vacaciones cuya reclamación implica la pérdida del derecho del trabajador a disfrutar o compensar las correspondientes a los años que excedan de cuatro, pues las mismas son exigibles hasta cuando venza el año que tiene el empleador para concederlas.»

Tratándose de la compensación de las vacaciones en dinero, se hace exigible desde la terminación del contrato de trabajo y, por lo mismo, desde allí comienza a contarse el término para la prescripción, por lo que en el caso en estudio se encontraban prescritas las vacaciones causada con anterioridad al 17 de diciembre de 2011, por lo que se **modificará los ordinales tercero y décimo** de la sentencia apelada en cuanto a la prescripción y a indicar que por concepto de vacaciones causadas entre el 17 de diciembre de 2011 y el 17 de diciembre de 2015 le corresponde a la demandante un valor de \$3.984.583

Costas. - Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000)

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR los ordinales tercero y décimo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de agosto de 2021, únicamente en lo relacionado con la prescripción de las vacaciones en cuanto a que se encuentran prescritas las causadas antes del 17 de diciembre de 2011 y en cuanto a la condena al pago de estas en la suma de \$3.984.583, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO .- Se confirma en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO. - COSTAS.- Las de primera instancia se confirman. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE. (\$1.000.000).

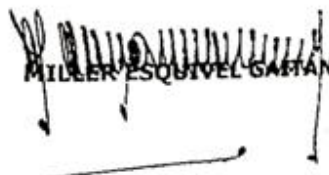
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BORYS RAFAEL BUSTAMANTE BOHÓRQUEZ contra AFP PORVENIR Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2021 - 00481 01. Juz. 35.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente.

SENTENCIA

BORYS RAFAEL BUSTAMANTE BOHÓRQUEZ demandó a la AFP PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado a Colpensiones de todos los dineros causados en la cuenta de ahorro individual.
- Reactivación del demandante en el RPM.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Se afilio al ISS el 8 de febrero de 1999 y se trasladó al RAIS el 01 de mayo de ese mismo año, al momento de cambiarse de régimen no fue informado con suficiencia de la conveniencia entre uno y otro régimen en consideración a la edad, historia laboral y el tiempo que llevaba laborando según las características de cada régimen pensional. El 27 de mayo de 2019 solicitó a PORVENIR la anulación de afiliación al RAIS, y el 17 de septiembre de 2021, elevó la misma petición a COLPENSIONES.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad, en auto de fecha 27 de noviembre de 2021. Las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en el expediente digital, Fl archivo 15 pag. 1-38.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la afiliación del demandante al ISS, que la AFP no informó sobre el trámite de la negociación del bono, y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

La AFP PORVENIR, dio respuesta visible en el expediente digital así;

- Se opuso a las pretensiones elevadas en su contra.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de fondo; Prescripción, buena fe, Inexistencia de la obligación, compensación, genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso,

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado BORYS RAFAEL BUSTAMANTE BOHÓRQUEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a BORYS RAFAEL BUSTAMANTE BOHÓRQUEZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES."

El A quo llegó a esa determinación, básicamente porque no se acreditó por parte de la AFP demandada, que, al momento del traslado de régimen, al demandante se hubiese suministrado un panorama completo de las ventajas y desventajas de hacer parte de uno u otro régimen pensional, conforme lo ha enseñado la jurisprudencia de la SL CSJ.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Pide se revoque la sentencia, dijo que en este caso se deben aplicar los efectos del art. 271 de la Ley 100/93, considera que, con el paso de los años, el demandante ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS, además, en este caso se debió valorar con más cuidado la preparación académica del actor quien es un catedrático y puede entender los alcances de tomar este tipo de decisiones. De otra parte, alegó que la orden del juez atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera y el derecho fundamental a la seguridad social. No considera viable que un afiliado se beneficie en el RPM de una prestación financiada por aportes que él no realizó. Finalmente indicó que, de confirmarse la decisión, se le autorice para cobrar los perjuicios causados, que no se le condene en costas porque su actuar es de buena fe, y que se le prohíba a la AFP descontar conceptos tales como el seguro previsional.

PORVENIR S.A.: también solicita que se revoque la sentencia de instancia, pide se considere que el actor en su interrogatorio expuso que la solicitud del cambio de régimen obedece a la diferencia en la posible mesada pensional. Expone que cumplió con el deber de información que existía para la época del traslado, el que materializaba el consentimiento informado y la asesoría brindada con la suscripción del formulario, y en ese orden, la AFP no está obligada a aportar pruebas o documentos adicionales, sin que cuenta con otra prueba para demostrar la asesoría brindada. Además, considera que en los casos de traslado, solo se debe devolver lo concerniente a lo cotizado y rendimientos, sin que sea dable restituir otro tipo de gastos, aunado a que la orden de devolver estos dineros solo va a generar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, en todo caso, esos dineros al no financiar la prestación, son sumas que ya fueron afectadas por el fenómeno de la prescripción.

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

Parte demandante: No allegó alegatos en esta instancia.

Parte demandada: La AFP Porvenir S.A. ratificó lo manifestado en su recurso de apelación de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta al derecho de petición que dio Colpensiones el 20 de septiembre de 2021 a la "*solicitud de afiliación a su sistema general de pensiones*", con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 25 de marzo de 1999, cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR S.A. (FI archivo 1 pag. 35).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al

régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la parte actora diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A., el 25 de marzo de 1999 (Fl archivo 1 pag. 35), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

En ese orden, la simple suscripción del formulario no puede ser considerada como una prueba suficiente para demostrar el consentimiento debidamente informado

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

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

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

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

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

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

del actor, pues en el asunto la AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual era posible efectuar actuariando el mismo IBC. O determinar cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

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

Devolución de los gastos de administración

Porvenir dice que no se pueden devolver los gastos de administración, porque son descuentos autorizados por la Ley, van a generar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, solo se puede devolver las cotizaciones y rendimientos, y adicionalmente que como estos dineros no financian la pensión, entonces, los mismos ya están prescritos.

Pues bien, para resolver todos estos puntos, basta con acudir a lo enseñado por la SL CSJ, donde al explicar los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha dicho en muchas oportunidades que esa orden implica que el fondo pensional del RAIS devuelva **todos los aportes a pensión**, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a la AFP PORVENIR devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder

por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo que se garantiza además el principio de la sostenibilidad financiera alegado, el cual no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, y en este orden, como todos estos rubros están llamados a financiar la pensión, resulta evidente que sobre ellos no se puede aplicar prescripción alguna, pues se trata precisamente de la construcción de un derecho fundamental de carácter irrenunciable.

En este punto, COLPENSIONES pide que también se ordene la devolución de los rubros descontados por el seguro previsional, los cuales conforme a lo enseñado por la jurisprudencia de la SL CSJ proceden, como quiera que son sumas causadas en virtud de la afiliación del actor al RAIS, por lo que, bajo este entendido, el juez en el ordinal primero de la sentencia ordenó la devolución a Colpensiones de “*todos los aportes, **sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos**” donde se entiende que este concepto pedido ya fue ordenado por el juez de instancia.*

Condena en Costas

Pide COLPENSIONES que no se le imponga condena por este concepto porque es un tercero de buena fe que no participó del acto jurídico entre el actor y a AFP, no obstante, olvida la apelante su condición de demandan en este proceso, en el que salieron avante las pretensiones del demandante, ella se opuso a éstas y por ende resultó vencida en juicio, por lo que bajo las reglas del art. 365 del CGP, esta condena se encuentra ajustada a derecho.

Aplicación del Art. 271 de la Ley 100/93

En cuanto a la aplicación de las sanciones para el empleador que prevé el art. 271 de la Ley 100/93, basta con recordar al apelante que las circunstancias

fácticas que narra esa disposición normativa difieren de las que se analizan en este proceso y en ese orden, estos no resultan aplicables para el caso en concreto.

Autorización para reclamar perjuicios

Finalmente, es de indicar que en este proceso ordinario laboral no se cuenta con la facultad de autorizar o no a COLPENSIONES para que reclame los perjuicios que a bien ella considere que se causaron por la conducta de la AFP que ahora permite la devolución del afiliado demandante al RPM, por lo que, si bien, lo considera necesario, en su debido momento tendrá que ejercer las acciones legales que estime convenientes para la salvaguarda de sus derechos, sin necesidad de contar con el permiso de una autoridad judicial.

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes (Colpensiones y Porvenir). Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de julio de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

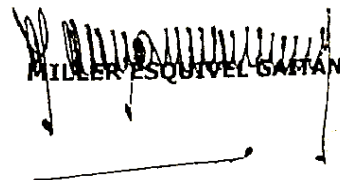
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EPS SANITAS contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y ADRES. Rad. 2018- 00038- 01. Juz. 38.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de octubre dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

EPS SANTIAS S.A. demandó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y ADRES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 10 y siguientes:

DECLARATIVAS:

- Se declare que LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y ADRES son responsables de los perjuicios causados a la accionante por el daño antijurídico derivado del rechazo infundado de 243 ítems cuyo costo asciende a la suma de \$56.449.953
- Se condene a las demandadas al pago de la suma antes mencionada por concepto de indemnización
- Se declare que las demandadas son responsables de los perjuicios en la modalidad de daño emergente y se les condene por este concepto al pago de la suma de \$5.644.995
- Intereses moratorios

En subsidio de los intereses moratorios se condene a las demandadas al pago de la indexación.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 13 y siguientes. Manifiesta que autorizó y cubrió la prestación de los servicios médicos contenido en 243 ítems que no están incluidos en el POS a diferentes usuarios que relacionan en el hecho primero (fl. 13 a 19).

Que la cobertura de estos servicios, medicamentos, insumos y procedimientos tuvo como fundamento ordenes diversas dentro de acciones de tutela o decisiones del Comité Técnico Científico, por lo que una vez prestados los servicios se radicaron las facturas de venta acompañadas con los soportes, para efectos de su cancelación, debido a que estos servicios no se encontraban incluidos en el POS.

Las glosas impuestas implican que para la parte demandada los servicios recobrados corresponden a servicios incluidos en el POS y en su momento la EPS SANTAS S.A. objetó las negaciones a través del formato MYT 04, por medio del cual se efectuaron las aclaraciones o correcciones correspondientes.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de esta ciudad el 30 de enero de 2018 (fl. 100 archivo 1 expediente digital) notificadas las demandadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y corrido el traslado, las accionadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, como se observa a folios 113 (archivo 1 expediente digital) y siguientes

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Frente a los hechos aceptó lo relacionado con la prueba documental aportada y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás.
- Propuso como excepción previa la de falta de integración del litis consorcio necesario y prescripción y como excepciones de fondo las de culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad de la demandada, improcedencia al pago de intereses moratorios y la indexación de las sumas de dineros solicitadas es un componente del interés mercantil.

LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, contestó la demanda en los términos del escrito que obra a folios 184 y siguientes

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Respecto a los hechos negó o manifestó que no le constan a excepción de los relacionados con la radicación del requerimiento

- Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación solidaria por la adscripción administrativa de la descentralización administrativa y sus efectos jurídicos, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada.

El 26 de junio de 2018 (fl. 242) el juzgado resolvió declarar la falta de jurisdicción para conocer del proceso y ordenó remitirlo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde el Juzgado 33 Administrativo del Circuito de Bogotá Sección Tercera, por auto del 26 de septiembre de 2018 (fl. 248 a 253) propuso el conflicto negativo de competencia que fue resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura en Sala Jurisdiccional Disciplinaria el 22 de mayo de 2019 (cuaderno 2 fl. 6 a 18 expediente digital), ordenando remitir el expediente el Juzgado 38 Laboral del Circuito para su conocimiento.

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá por auto del 12 de agosto de 2019 dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura y avocó el conocimiento del proceso.

En la audiencia del 5 de noviembre de 2019 se aceptó el desistimiento de la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario presentada por ADRES y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 25 de enero de 2021 (archivo 14 del expediente digital) en la cual resolvió ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y a LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, tanto principales como subsidiarias por la EPS SANITAS S.A., conforme a la parte motiva y se relevó del estudio de las excepciones propuestas. Condenó en costas a la parte demandante.

Para resolver consideró que el FOSYGA encontró en diversas auditorías que no son procedentes los recobros solicitados y le corrió traslado a la EPS a fin de que propusiera las objeciones que correspondían y le explicó el procedimiento para el trámite de las objeciones. Manifestó que al revisar los archivos de EXCEL que se encuentran en medio magnético del expediente los recobros solicitados corresponden a servicios médicos prestados a diferentes usuarios de SANITAS entre el 28 de abril de 2014 y el 23 de junio de 2015, la radicación de los formatos MYT01

y MYT02 se dieron entre el 12 de marzo de 2015 y el 7 de julio de 2015 y la notificación de las glosas MYT01 y MYT02 se dio entre 18 de junio de 2015 y el 5 de octubre 2015. Tuvo en cuenta que la demanda se presentó el 24 de enero de 2018 conforme acta de reparto (Fl. 98) por lo que procedía la declaratoria de prescripción.

Citó el Art. 182 de la Ley 100/1993 que regula el POS, Unidad de Capitación y el trámite tendiente a obtener la devolución de los valores de servicios no POS prestados por la EPS, dichos servicios y su procedimiento para obtener el reconocimiento los que se encuentran enunciados en el Decreto 1281 de 2002 (Art. 5-7-13) y la Resolución 2933 de 2008, a fin de indicar que lo pretendido por la EPS es el reconocimiento de una indemnización de perjuicios y no el reembolso - recobro de los recursos causados por los servicios prestados y como la EPS no desvirtuó la glosa ni acudió a la jurisdicción ordinaria en el término de caducidad establecido en el CPACA (2 años) a fin de obtener el reembolso - recobro de dichos valores, procede la absolución de todas las pretensiones.

Dadas las resultas del proceso se abstuvo de estudiar las excepciones presentadas y condenó en costas a la EPS demandante en favor de cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

EPS SANITAS: Formuló su inconformidad por cuanto el término de caducidad no está ajustado por la Ley, ya que el Decreto – Ley 019 de 2012 establece trámites y procedimientos en el sector administrativo y no en asuntos judiciales, por lo que debe aplicarse el término prescriptivo descrito en el Art. 151 del C.P.T.S.S., el cual resulta aplicable a todas las controversias derivadas a cuestiones inherentes a la seguridad social tal cual lo ha indicado La Sala Laboral de la CSJ. Indicó que el proceso ordinario laboral es el indicado para resolver la controversia, lo que valida aún más que no pueda ser aplicable el término prescriptivo descrito en la norma laboral y no el establecido en el Decreto – Ley 019 de 2012 (Art. 122), el cual, reitera que establece una serie de trámites específicos respecto al trámite administrativo y para el medio de control de la reparación directa y no un asunto judicial de conocimiento de la jurisdicción laboral.

ADRES Y MIN SALUD: Sin recursos

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: No presentó alegatos en esta instancia.

CONSIDERACIONES

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

Reembolso de servicios NO POS.- Para resolver el recurso de apelación de la parte actora, es necesario traer a colación la Ley 715 de 2001 y la Ley 100 de 1993 consagraron que el reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de la EPS estaban a cargo del hoy extinto Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), no obstante, con la creación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, esta es la Entidad responsable del adecuado flujo y control de los recursos del SGSSS, por lo que asumió el pago de los recobros bajo los parámetros establecidos en la Resoluciones Nos. 3099 de 2008 y 5395 de 2013, que regulan los procedimientos, tiempos y requisitos para el trámite de recobros por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, los POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

De acuerdo con lo dispuesto en las citadas resoluciones, es procedente el recobro de los medicamentos no incluidos en el POS, en dos eventos:

- Cuando se trata de un procedimiento practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y
- Cuando el procedimiento requerido por el paciente ha sido autorizado por el Comité Técnico Científico – CTC.

Las Resoluciones 3099 de 2008 y 5395 de 2013 establecen los requisitos para la presentación de las solicitudes de recobro y los artículos 9 y 12, respectivamente, establecen que para el pago de recobros y las solicitudes de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela, deberán diligenciarse en el formato denominado "formulario radicación de solicitudes de recobros" y su anexo "relación de solicitudes de recobro" y a cada solicitud se debe anexar la copia del acta del Comité Técnico Científico – CTC o la copia del fallo de tutela, así como la copia de la factura de venta o documento equivalente.

Por su parte los artículos 14 y 15 de la Resolución 5395 de 2013 y en los 10 y 11 de la Resolución 3099 de 2008 determinan los requisitos específicos para los recobros por servicios no incluidos en el POS pero autorizados por el Comité Técnico Científico o autorizados por un fallo de tutela, casos en los cuales se debe allegar, cuando se trate de CTC, formato de "solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no pos-ctc", numerada consecutivamente por cada paciente, fecha de elaboración y número del acta, datos de identificación del afiliado o paciente, diagnóstico, descripción y código, entre otros; y cuando se trate de fallo de tutela, la copia del fallo de tutela, copia simple de la factura de venta o documento equivalente, instrumento que evidencie la entrega del medicamento, servicio médico o prestación de salud, por lo que se analizará si los recobros contenidos en la demanda cumplen con estos requisitos para proceder a determinar si procede la condena solicitada.

Adicionalmente, como la parte demandante argumenta en relación con los recobros que el termino de prescripción a aplicar no es de 2 años como se tomó en la sentencia de primera instancia sino el establecido en el artículo 151 del C.P.T.S.S., que es de tres años, se analizará de manera general este aspecto y posteriormente se establecerá cuáles cobros se presentaron dentro del término.

Prescripción.- Para resolver se tuvo en cuenta lo dispuesto en la Resolución No. 003099 de 2008 "Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela" de la siguiente manera:

"Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro. [Artículo derogado por el artículo 25 de la Resolución 458 de 2013. Rige a partir del 1o. de octubre de 2013]

Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

Para efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-

Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.

En aquellos eventos que autoricen u ordenen prestaciones sucesivas, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se suministre el medicamento, servicio médico o prestación de salud, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor.

Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán presentar las solicitudes de recobro dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes.

Aquellos recobros que, transcurrido el término de los quince (15) días calendario de radicación ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, se les vence el término de los seis (6) meses señalados en la presente resolución, se entenderán presentados oportunamente, siempre y cuando, su radicación se efectúe dentro de los primeros quince (15) días calendario del siguiente mes.

Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes. El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado. (...)”

Igualmente, la Resolución No. 5395 del 24 de diciembre del 2013 dispone en el artículo 33 lo siguiente:

TÉRMINO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO. (Artículo derogado de manera gradual en los términos del de los artículo 93 y 94 de la Resolución 1885 de 2018) Las entidades recobrantes deberán adelantar las etapas de pre radicación y radicación de las solicitudes de recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para el efecto, dentro del año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 111 del Decreto-ley 019 de 2012.

El Decreto Ley 019 del 10 de enero del 2012 “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública” indica en el artículo 111:

TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

"Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

A su vez el Decreto 4747 de 2007: «Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones» expresa:

"Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley.”

Como se puede concluir de las normas citadas, ninguna de ellas regula con claridad cuál es el término de prescripción, por lo que es necesario traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado donde analizó la naturaleza de estas facturas, como lo solicita el recurrente y en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró aplicable el código de Comercio que señala en el artículo 789 que “La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.” Y en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

Como en el caso en estudio se tiene que entre las partes procesales existió una relación comercial que llevó a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, las cuales tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilan a una letra de cambio, la acción que surge es la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y en consecuencia como las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, prescriben en tres años y no como lo consideró el A-quo.

Lo anterior, es acorde con las normas de prescripción del ordenamiento laboral, jurisdicción ante la cual se tramita el presente asunto que en el artículo 151 CPT consagra un término trienal de prescripción, al igual que los artículos 13 de la Ley 1753 de 2015 y artículo 237 de la Ley 1955 de 2019, por lo que se tendrá en cuenta para la prescripción el término de tres años y no el de 2 años que se tomó en cuenta en la sentencia de primera instancia.

En atención a lo anterior, como los servicios se prestaron entre el 28 de abril de 2014 y el 23 de junio de 2015 y la notificación de las glosas MYT01 y MYT02 se dio entre 18 de junio de 2015 y el 5 de octubre 2015 es necesario tener en cuenta que el término de la prescripción se suspendió mientras la demandada daba respuesta, por lo que la prescripción se debe contar a partir de la fecha en que se comunicaron las glosas y como la presentación de la demanda se dio el 24 de enero de 2018 conforme acta de reparto (fl. 98) aún no había transcurrido el término trienal, pues para las primeras facturas vencía el 18 de junio de 2018 y para las últimas el 5 de octubre del mismo año y en consecuencia no prosperaba el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, a continuación, se revisa de manera individual cada una.

De conformidad con el dictamen pericial, en efecto, los ítems contenidos en el siguiente cuadro corresponden a servicios NO POS, por lo que se revisa si cumplen los requisitos tomando en cuenta las normas antes citadas y si no se encuentran prescritos.

Radicado Fosyga	No. Ítem	Nombre	Valor de Recobro	NO POS- cumple requisitos
111199181	1	ORTIZ DE CASTELLANOS MARIELA	28.386,00	NO PRESCRIBE
109105196	1	AREVALO GARZON EUFROSINA DEL CARMEN	148.179,00	NO PRESCRIBE

108826694	3	ACEVEDO TORRES GLORIA	148.179,00	NO PRESCRIBE
109633994	1	AREVALO GARZON EUFROSINA DEL CARMEN	148.149,00	NO PRESCRIBE
111536716	1	VANEGAS DE SANDOVAL MARIA LEONOR	21.540,00	NO PRESCRIBE
108517172	1	ALARCON GALEANO KAREN CECILIA	81.576,00	NO PRESCRIBE
109926859	1	ZAPATA VASQUEZ DIANA CAROLINA	82.776,00	NO PRESCRIBE
109637041	1	CASTRILLON TORRES ADRIANA MARIA	43.788,00	NO PRESCRIBE
109937544	1	ZAPATA VASQUEZ DIANA CAROLINA	123.464,00	NO PRESCRIBE
109944065	1	ZAPATA VASQUEZ DIANA CAROLINA	38.888,00	NO PRESCRIBE
110592924	1	RODRIGUEZ HORTUA YINA PAOLA	350.904,00	NO PRESCRIBE
111535335	1	LUNA BARAJAS DANNA VALENTINA	57.600,00	NO PRESCRIBE
110730345	2	PUERTO DE GUZMAN MARIA	4.752.880,00	NO PRESCRIBE
109100579	1	PALOMINO DEMARTINEZ EVILA	82.790,00	NO PRESCRIBE
109089882	2	VESGA DE MEDINA ALICIA	35.083,00	NO PRESCRIBE
109343337	2	VESGA DE MEDINA ALICIA	35.083,00	NO PRESCRIBE
110420015	1	VESGA DE MEDINA ALICIA	35.083,00	NO PRESCRIBE
108939295	1	ORTIZ DE CASTELLANOS MARIELA	14.430.520,00	NO PRESCRIBE
110602003	1	URREGO ESPINOSA MARINA	124.760,00	NO PRESCRIBE
111401060	1	URREGO ESPINOSA MARINA	127.260,00	NO PRESCRIBE
109090572	1	GUTIERREZ DE MARTINEZ FANNY MARIA	220.620,00	NO PRESCRIBE
110769856	1	CORTES SEPULVEDA JOSE HERIBERTO	126.990,00	NO PRESCRIBE
109425475	1	MURILLO MANCHADO LUZ MILENA	40.580,00	NO PRESCRIBE
109101182	1	MOLINA MOLINARES AQUILEO ANTONIO	265.930,00	NO PRESCRIBE
108502705	1	MOLINA MOLINARES AQUILEO ANTONIO	258.160,00	NO PRESCRIBE
109630157	1	TORRES DE BARRANTES ANA ROSA	493.692,00	NO PRESCRIBE
109999120	1	MOLINA MOLINARES AQUILEO ANTONIO	266.260,00	NO PRESCRIBE
110422767	1	MOLINA MOLINARES AQUILEO ANTONIO	265.860,00	NO PRESCRIBE
109347980	1	HAMBURGER HERRERA RICARDO MIGUEL	278.220,00	NO PRESCRIBE
110420512	1	HAMBURGER HERRERA RICARDO MIGUEL	279.120,00	NO PRESCRIBE
111417644	1	HAMBURGER HERRERA RICARDO MIGUEL	284.910,00	NO PRESCRIBE
109098249	1	RODRIGUEZ MUNOZ IVAN FRANCISCO	173.820,00	NO PRESCRIBE
109425248	1	HINCAPIE CARDONA JOSE JULIAN	86.610,00	NO PRESCRIBE
109928020	1	RODRIGUEZ MUNOZ IVAN FRANCISCO	171.320,00	NO PRESCRIBE
110769508	1	RAMIREZ GOMEZ JAIME	86.610,00	NO PRESCRIBE
108503716	1	RAMIREZ GOMEZ JAIME	146.820,00	NO PRESCRIBE
109218763	1	GARCIA DE ACONCHA BLANCA MARIA	238.260,00	NO PRESCRIBE
109635436	1	GARCIA DE ACONCHA BLANCA MARIA	228.760,00	NO PRESCRIBE
109340413	1	BENITEZ DE MORON EVA CECILIA	229.650,00	NO PRESCRIBE
108834780	1	BENITEZ DE MORON EVA CECILIA	229.650,00	NO PRESCRIBE
109933298	1	BENITEZ DE MORON EVA CECILIA	229.650,00	NO PRESCRIBE
109091605	1	CABALLERO MANTILLA LUIS ALFONSO	360.360,00	NO PRESCRIBE
108505326	1	CABALLERO MANTILLA LUIS ALFONSO	360.360,00	NO PRESCRIBE
108835169	1	MORON DAVILA WULFRAN	360.360,00	NO PRESCRIBE
109925522	1	MORON DAVILA WULFRAN	360.360,00	NO PRESCRIBE
110683126	1	AHUMADA ALMEIDA LIBARDO ANTONIO	349.590,00	FALTAN DOCUMENTOS

108506461	1	RESTREPO DE PINZON MARTHA	178.995,00	NO PRESCRIBE
108841177	1	RESTREPO DE PINZON MARTHA	178.995,00	NO PRESCRIBE
109425791	1	AHUMADA ALMEIDA LIBARDO ANTONIO	349.590,00	FALTAN DOCUMENTOS
108501559	1	BARON CARO AQUILINO	359.490,00	NO PRESCRIBE
108827764	1	BARON CARO AQUILINO	359.490,00	NO PRESCRIBE
109092174	1	SIN CLAVIJO ENRIQUE AGUSTIN	91.560,00	NO PRESCRIBE
109348455	1	SIN CLAVIJO ENRIQUE AGUSTIN	92.190,00	NO PRESCRIBE
108510629	1	SAAVEDRA ALVAREZ CARLOS JULIO	91.560,00	NO PRESCRIBE
108503405	1	SIN CLAVIJO ENRIQUE AGUSTIN	91.560,00	NO PRESCRIBE
109998509	1	SAAVEDRA ALVAREZ CARLOS JULIO	65.460,00	NO PRESCRIBE
108840870	1	MURCIA EPIMENIO	133.200,00	NO PRESCRIBE
111409322	1	BERNAL GANTIVA FLOR MARIA	128.000,00	NO PRESCRIBE
109931640	1	IDROBO MEDINA LUISA FERNANDA	46.476,00	NO PRESCRIBE
110594008	1	SILVA BENJAMIN	64.050,00	NO PRESCRIBE
108839174	1	TORRES PANZA MANUEL VICENTE	64.050,00	NO PRESCRIBE
109337158	2	TORRES PANZA MANUEL VICENTE	64.050,00	NO PRESCRIBE
109424400	1	SILVA BENJAMIN	62.200,00	NO PRESCRIBE
108508525	1	SILVA BENJAMIN	62.200,00	NO PRESCRIBE
109999340	1	PIEDRAHITA CASTILLO HIJO DE MAYRA ALEJANDRA	59.418,00	NO PRESCRIBE
111318111	1	TORRES DE BARRANTES ANA ROSA	38.670,00	NO PRESCRIBE
110423787	1	BUITRAGO ROJAS ALEJANDRO	57.300,00	NO PRESCRIBE
109218860	1	BERMUDEZ MORA RAFAEL	242.648,00	NO PRESCRIBE
108508217	1	BERMUDEZ MORA RAFAEL	245.148,00	NO PRESCRIBE
109928467	1	BERMUDEZ MORA RAFAEL	425.848,00	NO PRESCRIBE
109110954	1	MOSQUERA JOHANA	32.841,00	NO PRESCRIBE
109088938	1	BUENO REMOLINA ALFONSO	53.480,00	NO PRESCRIBE
109317944	1	CASTRO MACHADO MIGUEL	178.920,00	NO PRESCRIBE
108502564	1	CASTRO MACHADO MIGUEL	178.920,00	NO PRESCRIBE
109088069	1	BALLEN ARDILA CARLOS OVIDIO	217.590,00	NO PRESCRIBE
109349089	1	BALLEN ARDILA CARLOS OVIDIO	238.380,00	NO PRESCRIBE
109632035	1	RODRIGUEZ RAMIREZ LUIS ALBEIRO	72.720,00	NO PRESCRIBE
110585754	1	RODRIGUEZ RAMIREZ LUIS ALBEIRO	71.820,00	NO PRESCRIBE
109336205	1	GALVIS RODRIGUEZ PEDRO MARIA	295.710,00	NO PRESCRIBE
108515526	1	GALVIS RODRIGUEZ PEDRO MARIA	265.860,00	NO PRESCRIBE
108509359	1	GALVIS RODRIGUEZ PEDRO MARIA	35.448,00	NO PRESCRIBE
109342487	1	MORENO DE RUBIO GLORIA MARIA	132.330,00	NO PRESCRIBE
108509865	1	MORENO DE RUBIO GLORIA MARIA	132.330,00	NO PRESCRIBE
110795066	1	MOYA DE CELY ANA	171.810,00	NO PRESCRIBE
109439331	1	GUTIERREZ PINEROS SAUL ANTONIO	92.612,00	NO PRESCRIBE
108511574	1	GUTIERREZ PINEROS SAUL ANTONIO	92.612,00	NO PRESCRIBE
108836141	1	ARENAS DE GONZALEZ ANATILDE	92.612,00	NO PRESCRIBE
109928730	1	GUTIERREZ PINEROS SAUL ANTONIO	92.612,00	NO PRESCRIBE
110820685	1	ARENAS DE GONZALEZ ANATILDE	92.612,00	NO PRESCRIBE
109338026	1	MIRANDA GONZALEZ JOAQUIN ALEJANDRO	99.600,00	NO PRESCRIBE
108515101	1	MIRANDA GONZALEZ JOAQUIN ALEJANDRO	99.600,00	NO PRESCRIBE
109090061	1	LOMBO DE INFANTE ELIZABETH	128.310,00	NO PRESCRIBE
109348986	1	LOMBO DE INFANTE ELIZABETH	135.810,00	NO PRESCRIBE
110421832	1	LOMBO DE INFANTE ELIZABETH	135.810,00	NO PRESCRIBE
109346704	1	LOTERO ZUNIGA FABIOLA	179.760,00	NO PRESCRIBE
110606726	1	ROMERO DE SALGADO GILMA	194.280,00	NO PRESCRIBE
110425546	1	LOTERO ZUÑIGA FABIOLA	158.940,00	NO PRESCRIBE

110425541	1	ROMERO DE SILVA JUDITH MARIA	191.780,00	NO PRESCRIBE
110418395	1	ROMERO DE SALGADO GILMA	184.380,00	NO PRESCRIBE
110418300	1	CANO DE LARRAHONDO MARIA PATRICIA	184.380,00	NO PRESCRIBE
111407174	1	LOTERO ZUNIGA FABIOLA	198.120,00	NO PRESCRIBE
111505970	1	ROMERO DE SALGADO GILMA	198.120,00	NO PRESCRIBE
111584376	1	LOTERO ZUÑIGA FABIOLA	149.040,00	NO PRESCRIBE
109245145	1	GONZALEZ ARISTIZABAL JAIRO	1.452.529,00	NO PRESCRIBE
109091200	1	FLOREZ HERNANDEZ DEISY CAROLINA	31.830,00	NO PRESCRIBE
110858745	1	VEGA FUENTES PAOLA ANDREA	15.540,00	NO PRESCRIBE
110591240	1	ACOSTA DIAZ MARIA KETHERYN	28.340,00	NO PRESCRIBE
109101868	1	CASTANEDA MEJIA HECTOR FABIO	71.100,00	NO PRESCRIBE
110586778	1	CASTAÑEDA MEJIA HECTOR FABIO	71.100,00	NO PRESCRIBE
108495903	1	VALBUENA GARZON CARLOS EDUARDO	126.000,00	FALTAN DOCUMENTOS
109107450	1	NAVARRETE VARGAS MARIA LEONOR	238.860,00	NO PRESCRIBE
111611925	1	VALBUENA GARZON CARLOS EDUARDO	116.810,00	NO PRESCRIBE
110539511	2	ORTIZ DE CASTELLANOS MARIELA	5.470,00	NO PRESCRIBE
109099075	1	SIERRA BELTRAN MARIA EUGENIA	19.740,00	NO PRESCRIBE
109929544	1	SIERRA BELTRAN MARIA EUGENIA	19.740,00	NO PRESCRIBE
109102874	1	MARTINEZ MONCAYO MARCO AURELIO	135.960,00	NO PRESCRIBE
109317439	1	MARTINEZ MONCAYO MARCO AURELIO	135.960,00	NO PRESCRIBE
109341407	1	BOGOTA DE GARCIA STELLA	233.400,00	NO PRESCRIBE
108828350	1	MENDIETA GUTIERREZ HECTOR	356.400,00	NO PRESCRIBE
109408566	2	RICAURTE RODRIGUEZ LILIA	77.640,00	NO PRESCRIBE
108508026	1	TORRES GIL LEDYS DEL ROSARIO	36.389,00	NO PRESCRIBE
110156652	1	MARTINEZ DE RODRIGUEZ CECILIA	37.575,00	FALTAN DOCUMENTOS
111417767	1	MONTERO CUBIDES FRANCISCO	25.554,00	NO PRESCRIBE
109346354	1	RUBIO RODRIGUEZ JORGE ELIECER	64.830,00	NO PRESCRIBE
108502481	1	ROJAS JOSE NICOLAS	70.123,00	NO PRESCRIBE
108831903	1	ROJAS JOSE NICOLAS	70.123,00	NO PRESCRIBE
110421885	1	ROJAS JOSE NICOLAS	70.123,00	NO PRESCRIBE
110418455	1	RUBIO RODRIGUEZ JORGE ELIECER	70.123,00	NO PRESCRIBE
110605355	1	RUBIO RODRIGUEZ JORGE ELIECER	70.123,00	NO PRESCRIBE
110762558	1	VELEZ NIETO PATRICIA LILIANA	70.123,00	NO PRESCRIBE
111416078	1	RUBIO RODRIGUEZ JORGE ELIECER	71.531,00	NO PRESCRIBE
109631794	1	MONTOYA RAMOS MONICA	86.852,00	NO PRESCRIBE
109938073	1	GOMEZ LUIS ARMANDO	89.682,00	NO PRESCRIBE
108826691	1	PUENTES VDA DE WHITE MARIA EMMA	83.608,00	NO PRESCRIBE
108515884	1	BERNAL DE LOPEZ MARIA DEL CARMEN	89.580,00	NO PRESCRIBE
108512202	1	VESGA DE MEDINA ALICIA	89.580,00	NO PRESCRIBE
109938960	1	BERNAL DE LOPEZ MARIA DEL CARMEN	89.580,00	NO PRESCRIBE
110675118	1	BANGUERO DE LARRAHONDO MARIA AURELINA	3.850,00	NO PRESCRIBE
110797827	1	ORTIZ ARDILA JUAN DE JESUS	124.350,00	NO PRESCRIBE
110797827	2	ORTIZ ARDILA JUAN DE JESUS	123.360,00	NO PRESCRIBE
109090163	1	CASTANEDA RENGIFO ALVARO	246.720,00	NO PRESCRIBE
109629990	1	VILLAREAL DE OCHOA MARGARITA MARGOTH	246.300,00	NO PRESCRIBE
110418540	1	ORTIZ ARDILA JUAN DE JESUS	165.800,00	NO PRESCRIBE
111509073	1	ABELLO DE TAYLOR YOLANDA	248.700,00	NO PRESCRIBE
110730345	1	PUERTO DE GUZMAN MARIA	381.138,00	NO PRESCRIBE

109099964	1	CARVAJALINO PAGANO MIRYAM	230.098,00	NO PRESCRIBE
110583903	1	PUERTO DE GUZMAN MARINA	230.098,00	NO PRESCRIBE
111628921	1	CARVAJALINO PAGANO MIRYAM	230.748,00	NO PRESCRIBE
108849976	2	GOMEZ ATRA SARA VALENTINA	66.864,67	NO PRESCRIBE
109340906	1	SANCHEZ OLAYA ANDRES FELIPE	83.820,00	NO PRESCRIBE
108836717	1	SANCHEZ OLAYA ANDRES FELIPE	83.820,00	NO PRESCRIBE
108838376	1	SANCHEZ OLAYA ANDRES FELIPE	9.205,00	NO PRESCRIBE
111611937	1	SANCHEZ OLAYA ANDRES FELIPE	74.485,00	NO PRESCRIBE
109090179	1	TORRES GIL LEDYS DEL ROSARIO	5.082,00	NO PRESCRIBE
109218439	1	TORRES GIL LEDYS DEL ROSARIO	24.964,00	NO PRESCRIBE
108824008	1	TORRES GIL LEDYS DEL ROSARIO	5.082,00	NO PRESCRIBE
109341352	1	SEVERINO DE OSSA AMPARO	208.650,00	NO PRESCRIBE
108498685	1	SEVERINO DE OSSA AMPARO	211.050,00	NO PRESCRIBE
108842314	1	SEVERINO DE OSSA AMPARO	211.050,00	NO PRESCRIBE
110607330	1	SEVERINO DE OSSA AMPARO	206.150,00	NO PRESCRIBE
111507952	1	SEVERINO DE OSSA AMPARO	211.050,00	NO PRESCRIBE
109090753	1	CASTANEDA RENGIFO ALVARO	223.920,00	NO PRESCRIBE
109348059	1	CASTANEDA RENGIFO ALVARO	225.420,00	NO PRESCRIBE
110421501	1	MORALES DE MADERO MARIA INES	440.460,00	NO PRESCRIBE
110769491	1	MORALES DE MADERO MARIA INES	439.860,00	NO PRESCRIBE
109694642	1	FUERTES BEDOYA LUIS	2.248.985,00	NO PRESCRIBE
110419438	1	FERNANDEZ DE CASTRO DANGOND ANTONIO JOSE	197.820,00	NO PRESCRIBE
110419438	2	FERNANDEZ DE CASTRO DANGOND ANTONIO JOSE	15.138,00	NO PRESCRIBE
109348816	1	FERNANDEZ DE CASTRO DANGOND ANTONIO JOSE	197.820,00	NO PRESCRIBE
109348816	2	FERNANDEZ DE CASTRO DANGOND ANTONIO JOSE	15.138,00	NO PRESCRIBE
110421733	2	LOMBO DE INFANTE ELIZABETH	218.130,00	NO PRESCRIBE
109346971	2	LOMBO DE INFANTE ELIZABETH	218.550,00	NO PRESCRIBE
108516456	1	ESCOBAR DE JOYA SOFIA	72.600,00	NO PRESCRIBE
109628440	1	ESCOBAR DE JOYA SOFIA	27.720,00	NO PRESCRIBE
109098773	1	GOMEZ DE RODRIGUEZ CARMEN ELISA	226.170,00	NO PRESCRIBE
108503824	1	GOMEZ DE RODRIGUEZ CARMEN ELISA	226.170,00	NO PRESCRIBE
109099453	1	MUETE MURILLO CIRO	33.318,00	NO PRESCRIBE
108508563	1	MUETE MURILLO CIRO	23.418,00	NO PRESCRIBE
109097878	1	QUINTERO MOSQUERA LUIS EDUARDO	100.268,00	NO PRESCRIBE
110422931	1	QUINTERO MOSQUERA LUIS EDUARDO	90.768,00	NO PRESCRIBE
108501089	1	GRIMALDO GOMEZ GUSTAVO	94.668,00	NO PRESCRIBE
109927106	1	REATIGA DE BARON ANA CLOVIS	53.340,00	NO PRESCRIBE
109937554	1	REATIGA DE BARON ANA CLOVIS	50.940,00	NO PRESCRIBE
109943155	1	GRIMALDO GOMEZ GUSTAVO	49.784,00	NO PRESCRIBE
110600754	1	GRIMALDO GOMEZ GUSTAVO	49.784,00	NO PRESCRIBE
111417950	1	GRIMALDO GOMEZ GUSTAVO	50.340,00	NO PRESCRIBE
110682782	1	MEDINA DIAZ SAMUEL HECTOR	113.392,00	FALTAN DOCUMENTOS
110820869	1	CUBILLOS GONZALEZ MARIA DE JESUS	43.680,00	NO PRESCRIBE
109089791	1	VESGA DE MEDINA ALICIA	43.730,00	NO PRESCRIBE
109343291	1	VESGA DE MEDINA ALICIA	44.550,00	NO PRESCRIBE
109217599	1	CUBILLOS GONZALEZ MARIA DE JESUS	43.730,00	NO PRESCRIBE
108513135	1	CUBILLOS GONZALEZ MARIA DE JESUS	43.730,00	NO PRESCRIBE
109316556	1	RUIZ ZAENS DIANA MARIA	341.220,00	NO PRESCRIBE
109245610	1	PRETEL CAICEDO DIANA CRISTINA	201.125,00	NO PRESCRIBE

109245610	2	PRETEL CAICEDO DIANA CRISTINA	149.100,00	NO PRESCRIBE
109245610	3	PRETEL CAICEDO DIANA CRISTINA	24.850,00	NO PRESCRIBE
109095410	2	HERNANDEZ DE GRAJALES LUZ DARY	26.848,00	NO PRESCRIBE
108501141	2	HERNANDEZ DE GRAJALES LUZ DARY	21.450,00	NO PRESCRIBE
109924757	1	RIVERA QUINONEZ CENIDE	10.530,00	NO PRESCRIBE
110422420	1	RIVERA QUIÑONEZ CENIDE	7.740,00	NO PRESCRIBE
108508572	1	PEDRAZA GONZALEZ SALOMON	52.410,00	NO PRESCRIBE
109106227	1	MARTINEZ DE GUZMAN MARIA BEATRIZ	33.398,00	NO PRESCRIBE
110607986	1	MARTINEZ DE GUZMAN MARIA BEATRIZ	35.898,00	NO PRESCRIBE
110581486	1	MARTINEZ DE GUZMAN MARIA BEATRIZ	33.498,00	NO PRESCRIBE
109218499	2	GONZALEZ VARGAS FELIX	23.600,00	NO PRESCRIBE
108506048	2	GONZALEZ VARGAS FELIX	22.500,00	NO PRESCRIBE
109347102	1	BARON CARO AQUILINO	154.320,00	NO PRESCRIBE
108835242	1	BARON CARO AQUILINO	161.310,00	NO PRESCRIBE
110590739	1	SALAZAR CAICEDO LUIS FELIPE	148.056,00	NO PRESCRIBE
111254685	1	SALAZAR CAICEDO LUIS FELIPE	150.556,00	NO PRESCRIBE
109630610	1	BUITRAGO ROJAS ALEJANDRO	54.120,00	NO PRESCRIBE
108531411	1	SOSA CAVIEDES MONICA ANDREA	880.590,00	NO PRESCRIBE
109694775	1	SOSA CAVIEDES MONICA ANDREA	880.590,00	NO PRESCRIBE
110675554	1	ORTEGA SUSANA MAYORGA	133.100,00	NO PRESCRIBE
109493787	1	SOLARTE LLANTEN MARCELA YENETH	190.500,00	NO PRESCRIBE
110674895	1	GIRALDO CADENA JAVIER SANTIAGO	120.500,00	NO PRESCRIBE
111615012	1	ORTEGA SUSANA MAYORGA	170.100,00	NO PRESCRIBE
109999636	1	ORTEGA SUSANA MAYORGA	133.500,00	NO PRESCRIBE
111318591	1	ORTEGA SUSANA MAYORGA	133.100,00	NO PRESCRIBE
108531081	1	ORTEGA SUSANA MAYORGA	133.500,00	NO PRESCRIBE
109101745	1	GONZALEZ DE MELENDEZ CARMEN ELINA	67.440,00	NO PRESCRIBE
108517146	1	GONZALEZ DE MELENDEZ CARMEN ELINA	67.440,00	NO PRESCRIBE
108502146	1	RODRIGUEZ MUNOZ IVAN FRANCISCO	67.440,00	NO PRESCRIBE
109098212	1	ESGUERRA DUSSAN ROSA	173.430,00	NO PRESCRIBE
108510757	1	ESGUERRA DUSSAN ROSA	173.430,00	NO PRESCRIBE
110420943	1	ESGUERRA DUSSAN ROSA	164.070,00	NO PRESCRIBE
111536332	1	CORDOBA DE LOPEZ GRACIELA	86.610,00	NO PRESCRIBE
110607619	1	BUITRAGO ROJAS ALEJANDRO	7.534,00	NO PRESCRIBE
110591176	1	BUITRAGO ROJAS ALEJANDRO	105.476,00	NO PRESCRIBE
110420583	1	MULATO GARCIA JOSE HIPOLITO	58.884,00	NO PRESCRIBE
110420583	2	MULATO GARCIA JOSE HIPOLITO	4.270,00	NO PRESCRIBE
109343547	1	MULATO GARCIA JOSE HIPOLITO	63.090,00	NO PRESCRIBE
108841714	1	MULATO GARCIA JOSE HIPOLITO	63.090,00	NO PRESCRIBE
109337181	1	GONZALEZ DE DANDARE CARMEN JOSEFINA	22.698,00	NO PRESCRIBE
109341862	1	ANGEL DE TORO AMPARO	12.029,00	NO PRESCRIBE
108530685	1	SAMIR CAMPAZ PALACIO	82.643,00	NO PRESCRIBE
108512670	1	ROA DE RODAS GLORIA	223.890,00	NO PRESCRIBE
109934828	1	ROA DE RODAS GLORIA	223.890,00	NO PRESCRIBE
109632558	1	RODRIGUEZ CALDERON JAIRO	199.134,00	NO PRESCRIBE
109997866	1	ROA DE RODAS GLORIA	223.890,00	NO PRESCRIBE
111420232	1	RODRIGUEZ CALDERON JAIRO	223.890,00	NO PRESCRIBE
109091807	1	RODRIGUEZ CALDERON JAIRO	104.188,00	NO PRESCRIBE
108498929	1	ARIAS DE VALENCIA DOMITILA	104.188,00	NO PRESCRIBE

TOTAL :	\$55.473.606
---------	--------------

Intereses de mora.- Sobre este aspecto la Sala tendrá en cuenta para resolver, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL945 del 8 de marzo de 2021 que sobre el tema explicó:

“Por tanto, si como se ha venido explicado, i) el sistema de flujo de caja regulado por el Decreto 1281 de 2001 es una herramienta creada por el legislador para garantizar la disponibilidad económica de los recursos en favor de los directos prestadores del servicio, que busca evitar la amenaza de los derechos de acceso de la población en general, por la desfinanciación y la mora en la disponibilidad de los recursos que sufren; ii) las EPS tienen derecho a recibir del Fosyga las fuentes provenientes tanto de las cotizaciones como de los aportes fiscales, para garantizar la prestación de servicios asistenciales se encuentren o no dentro del denominado plan obligatorio de salud y, iii) los intereses moratorios buscan menguar el impacto que genera la carencia de recursos oportunos y disponibles, no hay razón jurídica para comprender, como lo insiste la impugnación, que no se le pueden reclamar los últimos determinados en mencionada fuente normativa.

Insiste la Corporación, los intereses en comento buscan paliar las consecuencias de desfinanciamiento que genera el pago tardío, inclusive, cuando se trata de los procedimientos originados en los llamados recobros regulados para el particular en la Resolución No. 3099 de 2008, modificada por las 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y 1089 de 2011, esto es, cuando tienen como propósito reintegrar al patrimonio de las EPS lo sufragado con recursos propios, respecto de prestaciones asistenciales que deben ser asumidas por el Estado, en el marco de los artículos 48 y 49 superiores.”

En la mencionada sentencia la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta también lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia CE, 15 dic. 2016, rad. 11001-03-04-000-2005-00264-01, al reiterar la decisión «[...] del 29 de abril de 2010, a propósito del análisis de normas de la Resolución No. 002933 de 15 de agosto de 2006»; así como también, al ratificar el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del «[...] diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001- 03-06-000-2010-00086-00(2023)», concluyó que:

- i) Los intereses moratorios del artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, tienen un carácter resarcitorio con fundamento jurídico en el principio de la responsabilidad patrimonial de la administración pública del artículo 90 de la CP.

- ii) Un entendimiento literal de la norma conlleva a que, para la causación de aquel crédito, baste con que se trate del cumplimiento tardío en el pago o giro de recursos del sistema de salud.
- iii) Desde un criterio finalista del precepto, estos cumplen una función disuasiva de retrasos injustificados, para conjurar una anomalía que afecta la prestación del servicio...”
- iv) (...)
- v) En consecuencia, en punto a la sistematicidad de la norma y la finalidad del sistema de salud, [...] al tenor del artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, en concordancia con los artículos 1º y 13 del mismo, que los recobros al FOSYGA por prestaciones no POS quedaron sujetos a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales...”

Por consiguiente, como estos intereses están destinados a resarcir el retardo que afecta la materialización efectiva del servicio, deben reconocerse los intereses al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, toda vez que por tratarse de recobros al FOSYGA por prestaciones NO POS se encuentran sujetos a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y por tanto habrá de revocarse la sentencia en este aspecto para en su lugar condenar a la demandada a pagar los intereses en la forma indicada.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se **revoca la sentencia de primer grado** para en su lugar disponer la condena al pago de los recobros por la suma de \$55.473.606 junto con los intereses de mora, conforme las motivaciones precedentemente expuestas.

Costas. – Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/Cte. (\$1.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

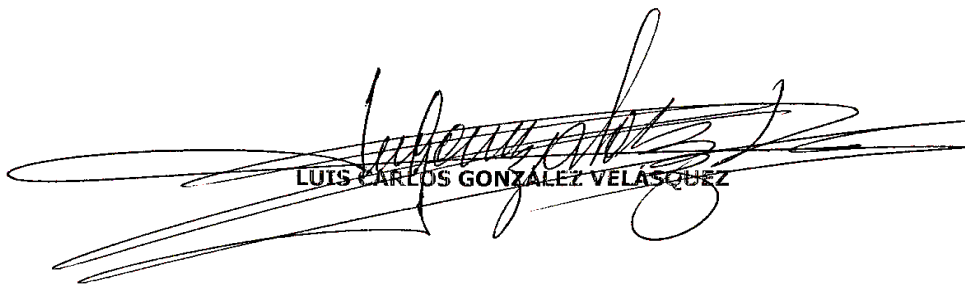
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de enero de 2021, para en su lugar condenar a la ADMINISTRADORA DE LOS DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a reconocer y pagar a SANITAS EPS la suma de \$55.473.606 junto con los intereses de mora de que trata el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se revocan y en su lugar quedan a cargo de las demandadas. Las de segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Un millón de Pesos M/Cte. (\$1.000.000) como costas en derecho.

Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA BEATRIZ HELENA SUAREZ FRANCO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR SA. Rad. 2020 00009 01 Juz 32.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA BEATRIZ HELENA SUAREZ FRANCO demandó a COLPENSIONES y a PORVENIR, para que se profieran las declaraciones y condenas visibles a folio 2 y 3.

- Ineficacia del traslado del RPM al RAIS
- Devolución a Colpensiones de todos los dineros causados en virtud de la afiliación al RAIS, debidamente indexados.
- Actualización de la historia laboral en Colpensiones.
- Pensión de Vejez.
- Costas
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4, Nació el 7 de diciembre de 1958, es beneficiaria del régimen de transición, del 04 al 17 de abril de 1986 hizo aportes al ISS, del 10 de noviembre de 1986 al 04 de diciembre de 1991, sus aportes los realizó a CAJANAL, caja en la que también aportó entre el 23 de diciembre de 1991 y el 30 de noviembre de 1999. Por una indebida asesoría por parte de la AFP PORVENIR, se trasladó de régimen el 30 de noviembre de 1999, no se le hizo ningún tipo de proyección. Está vinculada laboralmente con el ICBF y en el RAIS ha cotizado aproximadamente 18 años, cuenta con 1.604 semanas, desde que se trasladó de régimen se ha desempeñado como empleada pública. El 16 de abril de 2016, se le informó del monto de su ahorro (\$128.435.961), el 15 de agosto de 2017, se le hizo una liquidación provisional del bono (\$19.413.071), el ingreso base de liquidación asciende a \$4.065.748, en esa fecha la mesada se calculó en \$971.800. El 8 de septiembre de 2017, pido a PORVENIR la ineficacia de su traslado el que también elevó ante COLPENSIONES el día 12 de ese mes y año, en que fue negado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad, las llamadas a juicio contestaron en los términos que se advierten en el expediente digital, así:

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, el reporte de saldos, la liquidación del bono, el IBL, la simulación pensional, la petición de ineficacia y la negativa.

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES,
contestó así:

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la negativa de Colpensiones de acceder a la petición de ineficacia del traslado de régimen pensional.
- Formuló como excepciones de mérito; errónea e indebida aplicación del art. 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia el 16 de junio de 2022, mediante sentencia de fondo en la que dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora **MARÍA BEATRIZ HELENA SUAREZ FRANCO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la administradora de fondos de pensiones **PORVENIR S.A.**, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas, como se dijo en la parte motiva) y, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia el numeral anterior, y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones judiciales en contra de PORVENIR S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Llegó a esa determinación al advertir que lo informado a la demandante solo abordó características generales del sistema, pero no se dio cumplimiento al principio de transparencia, cuando la AFP ejerció el deber de información lo hizo de forma genérica para un grupo de trabajadores sin detenerse en la situación de cada afiliado. También indicó que, si bien, la demandante es abogada y se ha desempeñado en su vida laboral como Defensora de Familia, en el asunto ese hecho, aunado a los postulados del art. 9 del Código Civil, no son excusa para trasladar las responsabilidades de la AFP demandada a la actora, pues en estos casos, no se trata de leer una norma, sino de exponer y explicar las características, condiciones y parámetros de la situación personal de cada trabajador frente al régimen pensional, y como no se cumplió con el deber de información a cargo, ni con la carga de la prueba en los términos enseñados por la SL CSJ, se accedió a las pretensiones de la demanda.

Recurso de apelación

Porvenir alega que la decisión del A quo es contraria a principios constitucionales y legales de confianza legítima, libertad y voluntad de la actora para escoger régimen pensional. Considera que el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS convalidó su decisión de traslado, dijo que el capital acumulado de SUAREZ FRANCO supera los 500 millones de pesos y que esa suma generó rendimientos. Para el año 1999, no se le podía exigir la falta del deber de información en los términos que hizo el juez, además la demandante tenía la obligación como consumidora financiera de informarse de su situación y futuro pensional. De otra parte, alegó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y en ese sentido, la demandante no puede alegar que no conoce las características del sistema cuando los dos están plenamente individualizados en las normas que regulan la materia donde podía consultar la forma como se define el derecho pensional. No desconoce la línea jurisprudencial de la SL CSJ, no obstante, considera que las sumas a retronar solo debe ser el capital y los rendimientos, por lo que los demás valores al contar con un respaldo legal, haberse ya causado y no financiar la pensión no pueden ser objeto de devolución. Finalmente alega que la orden de devolver los dineros indexados es desproporcionada, como quiera que con los rendimientos se suple la posible devaluación que pudo haber sufrido la moneda.

Colpensiones, en síntesis, objeta la sentencia porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de los 10 años que prevé la ley 797/03 para cambiarse de régimen, ella no es beneficiaria del régimen de transición, además la decisión del juez afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema. Aduce que es desmedido exigirle al Fondo unos requisitos que la Ley no establecía en su momento lo que vulnera el principio de la confianza legítima. De otro lado, pide que se condene a la AFP al pago de los perjuicios causados a COLPENSIONES, ya que es un tercero de buena fe que no participó en el negocio jurídico.

Alegatos ante este Tribunal

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión de primera instancia.

Parte demandada: Las demandadas ratifican lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C.P.T. y S.S., así: “La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si es dable ordenar el traslado de la demandante al RPM y las consecuencias económicas que se derivan de esa decisión.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documental que milita a folios 49 a 50, donde Colpensiones resuelve de forma negativa la solicitud de declarar la nulidad o ineficacia del traslado que hizo del ISS a PORVENIR, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se trasladó

de régimen el 30 de noviembre de 1999, tal como se verifica del formato de afiliación que milita a folio 20.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien, Suarez Franco el 30 de noviembre de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación

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

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

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

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

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

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

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

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

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad

públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

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

demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

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

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

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

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

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

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

a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021⁴, SL3035-2021), recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que el deber de información a cargo de las administradoras es exigible desde su creación tal como fue precisado en la SL1688-2019, donde se expuso:

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, **la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».**

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. **La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.**” (negrita fuera de texto)

⁴ “Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto”

PORVENIR indica que la orden de la juez afecta principios como confianza legítima e incluso la libertad de la demandante de escoger su régimen pensional, argumento que encuentra La Sala desfasado, en tanto, la observancia de este principio reclama un actuar honesto, de confianza, recto, con decoro y de credibilidad, al que se acogen todas las actuaciones de las autoridades públicas, privadas y particulares entre sí (Sentencia C-131/04), por lo que en observancia del principio alegado, conjugado con los postulados derivados de la buena fe, lo que se concluye es una falta de ética y grosero incumplimiento de los deberes descritos en la norma anterior (Decreto 663 de 1993), desconocidos por la AFP (quien tampoco puede alegar ni siquiera a su favor el art. 9 del Código civil) pues la AFP evidentemente defraudo la confianza depositada en ella, al momento en que la demandante decidió cambiarse de régimen, afectando la declaración de voluntad que plasmó la actora en el formulario pre impreso allegado, el cual no es prueba de ninguna asesoría, y dada las características para que fue creada y su participación en el sistema pensional era la AFP quien tenía la obligación de explicarle a la actora todas las características y condiciones que establece la Ley 100/93 en cuanto a cada una de las prestaciones a cargo, y no pretender como lo alega en el recurso, que la demandante se ilustrara por sus propios medios, pues se insiste, la obligación de explicar estas distintas circunstancias es de la AFP.

En lo que respecta a las faltas al deber del consumidor financiero, lo que La Sala advierte es una falla absoluta a las obligaciones establecidas precisamente por parte de la entidad que alega la revisión de este ítem, pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

Tampoco es válido el argumento de Porvenir, al alegar que por el solo hecho de que la demandante haya permanecido en el RAIS por más de 20 años se convalidó o

subsanó las falencias que cometió, pues se reitera, la valoración de su deberes se hace al momento en que se afilio la actora, por tanto ninguno de los argumentos expuestos están llamados a prosperar, y como se advierte que la orden del juez de declarar la ineficacia de la actora al RAIS se ajusta al material probatorio y lo enseñado por la jurisprudencia de la SL CSJ, La Sala **confirma** esta decisión.

Devolución de los gastos de administración y cuotas de seguro previsional.

Al respecto, es de remitirnos a la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020, con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se indicó que "El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales", en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de las AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración, realizando la claridad que, si bien los fondos de pensiones privados se rigen como las entidades financieras, no es menos cierto que el dinero que aquí están administrando no les pertenece a ellos, sino al afiliado, el cual, lo deposita en la cuenta de dicho fondo con el único objetivo de solventar en el futuro su derecho pensional, el cual se encuentra enmarcado dentro del derecho a la seguridad social y que, es irrenunciable, innegociable e imprescriptible.

Ahora bien, como ya se indicó, es de recordar que el retorno de dichas sumas es una consecuencia propia de la declaratoria de ineficacia, ya que se está obligando a

COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, sin que sea argumento válido que dichos descuentos se realizan por disposición legal y por ello no procede su devolución, así como tampoco se genera un desequilibrio o descapitalización del Sistema General de Pensiones porque, precisamente al ordenar la devolución de todas las sumas que constituyen la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros y sumas descontadas, se garantiza que la prestación que posiblemente se le reconozca a la demandante en el RPM se encuentre totalmente cubierta con dichos valores, así como tampoco se constituye un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Indexación

Respecto a la condena de la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración debitadas de la cuenta de ahorro individual de la afiliada debidamente indexadas, es de precisar que con la orden de devolver todas las sumas de dinero causadas por motivo de la afiliación de la demandante al RAIS se entiende que con ellas se garantiza la actualización monetaria de esos rubros, **siempre y cuando ésta devolución se efectúe en el término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia.** por lo que, bajo tal condicionamiento le asiste razón a la AFP apelante.

Así las cosas, se va a **modificar** la sentencia en su ordinal segundo donde se condenó a **PORVENIR** a este pago, **el que se condiciona** a que **el traslado de todos los dineros se efectúe en los quince días referidos, so pena de asumir la indexación ordenada por el A quo.**

De otra parte, COLPENSIONES señala que es un tercero de buena fe, que no intervino en el negocio jurídico que fue adelantado entre la promotora del proceso y la AFP, y que, de confirmarse la sentencia, se debe ordenar el pago de los perjuicios que se causan con la decisión de retorno de la actora. Sobre este pedimento es de indicar que esto no fue objeto de demanda (ni existe una demanda de reconvención en ese sentido), en consecuencia, si Colpensiones advierte que debe en salvaguarda de sus derechos elevar cualquier tipo de reclamación a la AFP en pro de indemnizar algún daño o detrimento en sus intereses, bien puede acudir directamente a las acciones legales que el legislador estableció para tales fines.

Ahora, se pide que se revoque la sentencia porque la demandante está inmersa en la prohibición de los 10 años que prevé la ley 797/03, aunado a que no es beneficiaria del régimen de transición, consideración que resulta desacertada, en tanto, estos requisitos no están llamados a ser valorados en los casos en los que se

solicita la ineficacia de traslado de régimen pensional, ya que el estudio del proceso responde a la verificación del cumplimiento del deber de información que desplegó el Fondo al momento de afiliar a la demandante al RAIS, por lo que si bien el resultado es la ubicación de la actora en el RPM, tal consecuencia no deriva de la existencia o no de un beneficio transicional o un derecho adquirido, pues se insiste, corresponde a la verificación del deber de información en cabeza de la AFP.

En cuanto a la afectación de la sostenibilidad financiera, ya la SL CSJ ha indicado en diferentes oportunidades que con la orden de devolver a Colpensiones todos los dineros que se causaron con motivo de la afiliación al RAIS, se garantiza la continuidad del principio alegado, y es por esta razón que en tratándose de ineficacias de traslado pensional, no solo se debe retornar el capital y el rendimiento que se generó en la cuenta de ahorro individual de la actora (como aduce Porvenir) ya que son todas las sumas de dinero para garantizar este principio son utilizada para financiar la respectiva prestación.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho. No se impone condena en costas a PORVENIR porque prosperó parcialmente su recurso, en cuanto a la indexación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por la juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, del 16 de junio de 2022, el cual quedará así:

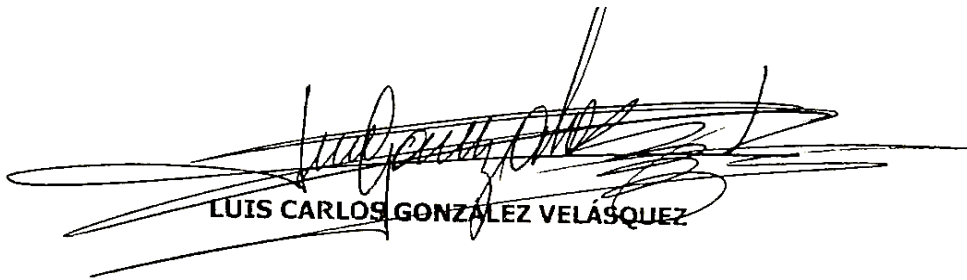
"SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES.**

En caso de efectuarse esta transferencia en el término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, PORVENIR tiene que pagar todas estas sumas de forma indexada.

SEGUNDO. – En lo demás **confirmar** la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. - Las de primera se **CONFIRMAN.** Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho.

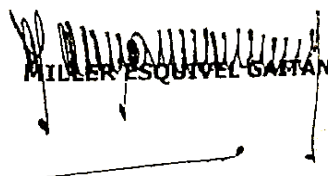
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN