



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-035-2022-00056-01

Demandante: MARTHA ELENA BUSTAMANTE BUSTAMANTE
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Obra como apoderado de Porvenir el doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez T.P. 373906
CS de la Judicatura, conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación,
así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral,
previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la
apoderada judicial de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado
Treinta y Cinco (35) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 02 de
septiembre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado
Jurisdiccional de Consulta frente a la misma entidad. (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Martha Elena Bustamante Bustamante llamó a juicio a la
Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de
Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de declarar la
ineficacia/ nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con
prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS-
administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación
efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se ordene devolver todos los aportes
junto con los rendimientos, frutos, intereses, las cuotas de administración al
RPMPD, así como a activar la afiliación de la demandante al RPMPD, recibir las
sumas de dineros, a actualizar la historia laboral, las agencias en derecho, y lo
que se pruebe ultra y extra petita.

¹ 21/11/22 pasa a despacho.

Fundamentó sus peticiones, en síntesis, al indicar que nació el 17 de diciembre de 1966; que inició su vida laboral cotizando al extinto ISS, en donde cotizó un total de 102,3 semanas; que a la fecha ha cotizado un total de 1130 semanas al sistema de seguridad social a pensiones; a partir del mes de agosto de 1995 se trasladó a Porvenir cuando se encontraba trabajando para la Fundación para la Educación y el Desarrollo Fundecoop, allí llegaron asesores de Porvenir y le manifestaron que le convenía trasladarse a ese fondo porque obtendría su pensión con mejores condiciones que las que tenía en el ISS incluso con una mesada pensional superior, que se podría heredar a sus padre e hijos, además que el ISS se iba a liquidar. Indicó que, para el momento del traslado no le explicaron los requisitos, características, funcionamiento del RASI, ni lo relacionado con la pensión anticipada, la garantía de pensión mínima, bonos pensional, aportes voluntarios ni el derecho de retracto; que, antes de cumplir los 47 años de edad, es decir, edad límite para poderse trasladarse a Porvenir no le brindó información adecuada, veraz, suficiente, clara, comprensible, pertinente y oportuna para tomar una decisión, autónoma e informada de trasladarse de régimen. Por último, mencionó que presentó petición de ineficacia ante Colpensiones y Porvenir, pero fue negada. (05CorreoSubsanacionDemanda.pdf).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que brindó información pertinente y necesaria de acuerdo con la normatividad vigente para la fecha del traslado, momento para el cual únicamente era exigida la firma del formulario de afiliación².

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro del expediente no obra prueba que la demandante se le hubiese hecho incurrido en error por falta de información, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del dos (02) de septiembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por MARTHA ELENA BUSTAMANTE BUSTAMANTE, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a dicha AFP 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 de la demandante por los

² Exp. Digital «08ContestacionDemandaPorvenir.pdf»

³ Exp. Digital: «09ContestacionDemandaColpensiones.pdf»

gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliada 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 afiliarse a MARTHA ELENA BUSTAMANTE BUSTAMANTE al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta 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

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta

SÉPTIMO: Se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones, como entidad garantizada por la Nación⁴.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que no se configuraron los supuestos para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto en virtud a que su aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas las allí señaladas y competentes; que Colpensiones fue ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información de acuerdo con las normas vigentes para el mes de julio de 1995, esto es el Decreto 720 de 1994, por lo que no se pueden aplicar disposiciones posteriores que establecieron una doble asesoría.

Agregó que, aceptar el retorno de la demandante al RPMPD contribuiría a la descapitalización del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, lo que, por un lado, violaría el artículo 48 de la Constitución Política, y desde la perspectiva social, impide la equidad y justicia material, al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costas de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras, y no por ellas mismas. En todo caso que, si se llega a confirmar la sentencia, solicitó autorizar a Colpensiones para que obtenga por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin, originados de las omisiones en las que incurrió Porvenir, sin que los fondos realicen deducciones por seguros previsionales, así como tampoco sea condenada en costas, al no participar en la elección del régimen pensional (Min. 44:50).

⁴ Exp. Digital: «15AudienciaGrabaciónReunión.pdf»

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Martha Elena Bustamante Bustamante del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 17 de diciembre de 1966 (al índice 02 pdf, 37); ii) se afilió al ISS el 07 de agosto de 1993 (al índice 10 pdf, 58); iii) el 17 de julio de 1995 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Porvenir, fondo donde se encuentra en la actualidad (al índice 08 pdf, 27).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Se itera pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello para los efectos del traslado.

Al respecto, como tesis al caso se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido un deber permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la CSJ entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo

administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido empleador”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL 1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutorio de la sentencia apelada, requiriendo además ser expresa la sentencia consultada en el numeral Primero, en cuanto a que además de lo allí expuesto se deberán devolver a Colpensiones, las comisiones, bono pensional si existiese, los aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora, así como DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, por lo que en este aspecto la sentencia en primera instancia debe adicionarse y confirmarse en lo demás.

Aunado que, en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible, ni tampoco la limitación del traslado por edad del afiliado, ni su situación jurídica de afiliación por el traslado de los montos y conceptos que ahora corresponde efectuar a la AFP privada a Colpensiones. Pues se trata no solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en primera instancia Colpensiones presentó oposición a las pretensiones, sin embargo no resulto condenada en costas, y el presente asunto se conoce igualmente en grado jurisdiccional de consulta. Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido la consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las razones que preceden, se confirmará la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito el día dos (02) de septiembre de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora MARTHA ELENA BUSTAMANTE BUSTAMANTE y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para ordenar a Porvenir que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo

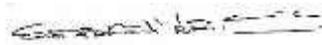
de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



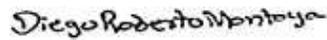
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a3261c37723b5167e3b2519f40a94781eaf86f4f547d120b58b0fe4bc21e5861**

Documento generado en 31/07/2023 02:19:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31 de julio de 2023-

Proceso Ordinario Laboral No. 11001310500920200026701

Demandante: ADELA PÉREZ ALVARADO
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos del recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 26 de octubre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a la misma entidad (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana ADELA PÉREZ ALVARADO llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondo De Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Protección S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se ordene devolver todos los aportes junto con los rendimientos efectuados en el RAIS y a aceptar la afiliación en el RPMPD, así como se condene a las demandadas a las costas procesales, agencias en derecho, y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 18 de junio de 1964; que efectuó cotizaciones al RPMPD desde marzo de 1986 a marzo de 1995; que mientras trabajaba en Nestlé S.A, el 31 de marzo de 1995 fue trasladada a Protección S.A., momento en el cual no se le brindó información sobre los beneficios y consecuencias del traslado de régimen pensional; que para el 2010,

¹ 04/11/23 pasa a despacho.

estando dentro del termino de traslado, solicitó asesoría en la cual le manifestaron que le era más beneficioso continuar afiliada al RAIS. Indicó que, el ingreso base de cotización sobre el cual realizaba los aportes era de \$7.000.000 millones de pesos y que el 25 de febrero de 2020 radicó petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia de su traslado al RAIS. (03Demanda (Fls 17 a 22) .pdf).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que el traslado de la demandante fue realizado de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, así como que, se encuentra dentro de la prohibición de traslado y al acceder a la pretensión de ineficacia se pondría en riesgo el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema².

Por otro lado, Protección S.A. solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que brindó información pertinente y necesaria de acuerdo con la normatividad vigente para la fecha del traslado, momento para el cual únicamente era exigida la firma del formulario de afiliación³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional realizado por la señora ADELA PÉREZ ALVARADO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuados el 31 de marzo de 1995, con fecha de efectividad a partir del 01 de abril de 1995, a través de la AFP PROTECCIÓN. Por ende, se tendrá como que dicho traslado nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES trasladar aquellos valores que hubiere podido recibir con motivo de la afiliación de la demandante que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, porcentajes destinados al fondo de garantía mínima con todos sus frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos, discriminados los respectivos valores el detalle pormenorizado del IPC del IBC reportado, los ciclos aducidos y los aportes pagados conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN, sin reparo alguno, todos los elementos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante y proceder en seguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de la señora ADELA PÉREZ ALVARADO,

² Exp. Digital «01JuzgadoOrigen» «10PoderGeneral.pdf» pág. 74

³ Exp. Digital «05CorreoContestaciónProtección.pdf»

con la respectiva imputación de pagos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de las demandadas conforme lo expuesto.

QUINTO: Costas a cargo de PROTECCIÓN y a favor de la demandante, para tal efecto se fijan en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: En caso de no ser apelada esta decisión, se debe remitir en grado jurisdiccional de consulta en favor COLPENSIONES, ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá⁴.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que los diversos relatos no lograr demostrar con suficiencia que la afiliación al RAIS adoleciera de algún tipo de vicio del consentimiento, pues no hubo una presión palpable, asimismo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una afiliado se traslada de régimen estando a puertas de cumplir con los requisitos de vejez, se ven afectados los principios constitucionales y legales de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad, de conformidad con la sentencia C-1024 de 2004 en la cual se indicó que trasladar a un afiliado a puertas de obtener los requisitos de la pensión de vejez va en contra del concepto de equidad y también de eficiencia pensional. Precisó que en el interrogatorio de parte de la demandante se evidenció que no la afiliada tuvo el mayor interés en indagar sobre la información recibida, tampoco se acercó al ISS para solicitar una comparación de la información reconocida, dando por satisfecho su derecho a la información por parte del Fondo demandado, tomando libremente la decisión de trasladarse desde 1995 hasta la actualidad.

Por otro lado, afirmó que de conformidad con los preceptos jurisprudenciales se concluye que al ser el RMPD y el RAIS excluyentes entre sí debido a su forma de financiación, el principio de solidaridad en cada uno es distinto, por ello la financiación intergeneracional no sule con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se colige con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, prohibición en la que se encontraba la demandante para el momento en que realizó la solicitud de traslado, pues para el 25 de febrero de 2020 ya tenía 55 años. Señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, la información otorgada a la parte demandante por el fondo privado debe ser valorada por el juez teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, pues no es jurídicamente válido exigirles a las administradoras soportes de información no previstos en el ordenamiento para dicho momento desvirtuando el principio de confianza legítima (min. 1:05:31).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

⁴ Exp. Digital: «13Audiencia26Oct2022.pdf»

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Adela Pérez Alvarado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 18 de junio de 1964 (subcarpeta al índice 01 pdf, 3); ii) se afilió al ISS el 17 de marzo de 1986 (subcarpeta al índice 10 pdf, 66); iii) el 31 de enero de 1995 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Protección S.A. (al índice 05 pdf, 34).

Al respecto es tesis al caso, al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 06/08/2020 (subcarpeta, índice 04) tenía cumplidos 56 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones (subcarpeta índice 02, pdf 07) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo a la accionante a efectuar el traslado, sin haber la AFP documentado aquello a los efectos del traslado.

Debe tenerse en cuenta que en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se redefine el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente,

consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido un deber permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la CSJ entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el

afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido empleador”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brinda información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL 1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutorio de la sentencia apelada, por lo que en este aspecto esta debe confirmarse, aunado que, en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

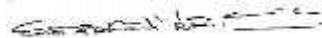
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (02) Transitorio Laboral del Circuito el día veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora ADELA PÉREZ ALVARADO y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



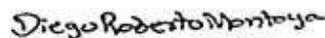
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **648ad4df9cc7923a03993698bec1cee5ee21b780e3593414c1cca494f947c050**

Documento generado en 31/07/2023 02:19:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31 de julio de 2023-

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-011-2019-00312-01

Demandante: CARMEN ROCÍO OBREGÓN SALAZAR

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Obra con personería adjetiva la Doctora María Alejandra Almanza Núñez, identificada con T.P. No. 273998 del C.S. de la J, como apoderada sustituta de Colpensiones; y el Doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ identificado con T.P. 115.849 del C.S. de la J por parte de Porvenir, conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 24 de junio de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Carmen Rocío Obregón Salazar llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de declarar la ineficacia / nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, se solicita que se ordene a Porvenir a comunicar a Colpensiones la declaratoria de ineficacia de la afiliación, a trasladar la totalidad de los dineros existentes en el RAIS desde febrero de 1999, incluido los aportes efectivamente cancelados, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con los

¹ 24/10/22 pasa a despacho.

rendimientos e intereses que por ellos se generaran y a trasladar la historia laboral por el tiempo cotizado; así como, se condene a las demandadas al pago de costas, gastos, agencias procesales y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 05 de abril de 1961; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada al ISS hoy Colpensiones; que para el mes de febrero de 1999 se trasladó a la AFP Santander hoy Porvenir, momento para el cual la AFP ocultó información sin mencionarle las consecuencias negativas del traslado al RAIS y lo que no iba a obtener si realizaba la migración a dicho régimen, que como consecuencia, la afiliación al RAIS no nació a la vida jurídica como quiera que no existió una información precisa y profesional deber del funcionario ilustrado de la AFP, el cual le informó que podía pensionarse a la edad que quisiera y que su derecho pensional podría verse afectado ante la desaparición del ISS. Informó que, el 26 de noviembre de 2018 presentó petición dirigida a Porvenir y Colpensiones por medio de la cual solicitó la nulidad del traslado. (*Sub carpeta 01, 02Demanda (fls 03 a 15).pdf*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que brindó información pertinente y necesaria de acuerdo con la normatividad vigente para la fecha del traslado, momento para el cual únicamente era exigida la firma del formulario de afiliación².

Colpensiones se opuso la totalidad de las pretensiones, toda vez que dentro del material probatorio allegado por la parte actora no obra documental idóneo que demuestre la prosperidad de la argumentación planteada, razón por la cual la afiliación de la accionante al RAIS resulta ser válida, máxime cuando se realizó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora CARMEN ROCÍO OBREGÓN SALAZAR del régimen de prima media, con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 21 de diciembre de 1998 con efectividad a partir del primero de febrero de 1999 a través del fondo de pensiones Porvenir S.A., por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condenar a la SOCIEDAD ADMINSTRADORA Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aquellos valores que hubiere podido recibir con motivo de la afiliación de la demandante y que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bono pensional, sumas

² Exp. Digital: «01JuzgadoOrigen» «09ContestacionPorvenir (fls 50 a 66).pdf»

³ Exp. Digital: «01JuzgadoOrigen» «11ContestacionColp (fls 126 a 144).pdf»

adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados de forma indexada con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos y el IBC reportado y aportes pagados conforme lo expuesto en la parte motiva esta sentencia.

TERCERO: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de la señora CARMÉN ROCÍO OBREGÓN SALAZAR, con la respectiva imputación de pagos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, teniendo en cuenta las resultas del proceso.

QUINTO: Costas a cargo de PORVENIR S.A. a favor de la demandante, se fija la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: De no ser apelada esta decisión, remítase al Superior en forma inmediata para que surta el grado jurisdiccional de consulta exclusivamente a cargo de Colpensiones⁴.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que la declaratoria de ineficacia no tiene vocación de prosperidad toda vez que la señora Carmen Obregón para la fecha en la que presentó solicitud para retornar al RPMD ya contaba con 57 años, encontrándose dentro de la prohibición legal para retornar al régimen de prima media. Por otro lado, afirmó que el acto traslado goza de plena validez pues de conformidad con el artículo 1508 del Código Civil los vicios del consentimiento son el error, fuerza y dolo en cuanto a la celebración de todo acto jurídico, y no fueron probados dentro del proceso.

Sobre el deber de información, indicó que, aunque existe una amplia jurisprudencia sobre las ineficacias del traslado las cuales no desconoce, el análisis que realizó el máximo tribunal de cierre sobre este deber se realizó de conformidad con el Decreto 663 de 1993, la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, normatividad que no obligaba a los fondos de privados, ni a Colpensiones, que la información fuere verbal para el momento de la afiliación de la demandante más allá de la suscripción de formulación de afiliación, contrario a lo que ocurre en la actualidad con el deber de doble asesoría el cual únicamente se hace exigible desde 2014. Asimismo, que durante todo este tiempo y para el caso en concreto, la demandante no realizó acto alguno para retornar al régimen de prima media, es así que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible para que los fondos privados como Colpensiones

⁴ Exp. Digital: «06Audiencia24Junio2022Art80.pdf»

permitan que los afiliados retornen al régimen de prima media y por lo tanto, quebrantar la seguridad jurídica y la sostenibilidad financiera del sistema.

De manera subsidiaria, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo a que Porvenir realice la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Por último, solicitó se confirme la condena en costas a Colpensiones en tanto es un tercero de buena fe, ajeno al contrato suscrito entre las partes, así como, indicó que se están profiriendo algunas decisiones en las que se determina que Colpensiones pueda solicitar por otras vías los perjuicios que le fueron ocasionados por el retorno de los afiliados al RPMD. Como de mantenerse la sentencia se indique su cumplimiento previo reintegro a Colpensiones de todos los recursos, la que no debe ser condenada en costas (Min. 1:02:27).

Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación. Indicó que en el interrogatorio de parte quedó demostrado que la demandante presentó solicitud de ineficacia basándose en el no cumplimiento de una mera expectativa pensional, circunstancia que se ajusta a las causales del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Por otra parte, precisó que en la sentencia SL 1452 de 2019 la Corte Suprema de Justicia manifestó que se debe realizar un estudio detallado y minucioso de cada evento traslado de régimen pensional respecto a 3 momentos en específico: primer momento, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993; un segundo momento, conforme la Ley 1748 de 2014; y por último, respecto la Ley 1328 de 2009, por lo que se debe analizar que para el presente caso para el momento del traslado de la demandante se encontraba vigente el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, conforme a la cual todas las asesorías se brindaban las características verbales sin la obligación de aportar documentos distintos al formulario de afiliación y el reglamento del fondo privado, circunstancia que se trae a colación en la Circular 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que, resaltó que Porvenir ha sido respetuosa con la ley y ha cumplido con los lineamientos de la autoridad bancaria, más aún cuando la demandante ha ratificado su voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual.

Por otro lado, añadió que conforme a la evolución de gastos de administración, sumas de dinero adicionales a esas cotizaciones y rendimientos, no es viable condenar a la devolución de dichos dineros en la medida que en el RPMD también se destina el 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivientes, pues aun así estos dineros no le pertenecen a los afiliados ni están llamados a financiar la pensión de vejez. Asimismo, indicó que la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 15 de enero de 2020, manifestó de manera clara que los eventos en que surgiese la ineficacia del traslado los únicos dineros a retornar eran las cotizaciones y los rendimientos, sin hacer mención alguna a los gastos de administración, seguros de prima provisional o Fondo de Garantía de pensión mínima, incluso que, en caso de solicitar las sumas del seguro previsional se tuvo que vincular a la compañía de seguros, pues siempre fue un tercero de buena fe de conformidad con el contrato de vinculación que realizó la demandante al RAIS; por último, mencionó que acceder a la devolución de dichos dineros, genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones pues no hay norma legal ni constitucional que disponga tal

devolución, siendo que por el artículo 113 de la Ley 100, se limitan los valores a retornar (Min.1:08:54).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Carmen Rocío Obregón del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 05 de abril de 1961 (al índice 03 pdf, 1); ii) se afilió al ISS el 01 de marzo de 1986 (al índice 11, subcarpeta, pdf 1); iii) el 21 de diciembre de 1998 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Porvenir (al índice 3, pdf 24)

Como tesis en el caso se ha indicado que al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional. Bajo ese entendido, se tiene que la accionante para la fecha en que radicó la demanda, el 02/05/2021 (índice 04) tenía cumplidos 60 años, procediendo a solicitar su traslado de régimen pensional, mediante petición dirigida a Colpensiones y Porvenir (índice 03, pdf 26 a 32) cuando ya había superado la edad de los 47 años, límite en el caso de las mujeres para solicitar el traslado de régimen de pensiones y no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, para retornar al RPMPD.

No obstante, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el

régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido un deber permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la CSJ entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido empleador”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brinda información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL 1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con

prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutivo de la sentencia apelada, por lo que en este aspecto esta debe confirmarse, aunado que, en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por

aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

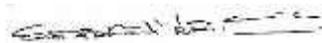
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito el día veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora CARMEN ROCÍO OBREGÓN SALAZAR y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



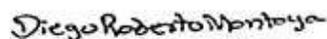
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f0be0499abe5a2ae5024391ce6c931ca336724cc8c2fb6789331192ce856416**

Documento generado en 31/07/2023 02:19:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31 de julio de 2023-

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-014-2020-00330-01

Demandante: ORLANDO RUDA VELOSA
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Auto

Se acepta la renuncia presentada como apoderado de Colpensiones al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán T.P. 86.117 C. S de la J., conforme documental allegada

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado Sustanciador
(firma digital con efecto para la presente providencia)

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá del 22 de septiembre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a la misma entidad. (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Orlando Ruda Veloza llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías a efectos de declarar la anulación de la afiliación – adhesión que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Protección S.A., siendo válida

¹ 25/11/22 pasa a despacho.

aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se ordene a Colpensiones a registrar en su sistema de información la afiliación del demandante es ineficaz; a trasladar a la totalidad del capital incluidos rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento; a Colpensiones a activar la afiliación en pensión, así como, recibir todos los dineros; se condene a las demandadas a las costas procesales, agencias en derecho, y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que inicio sus aportes en pensión como afiliado al RPMPD; que para el 08 de febrero de 2000 suscribió formulario de afiliación a la AFP Colfondos, toda vez que su entonces empleador le informó que la empresa tenía a todos sus trabajadores afiliados a ese fondo. Agregó que, Colfondos no le explicó al demandante de forma clara y comparada cuales eran las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, las ventajas y desventajas de cada régimen, ni los requisitos para acceder a la pensión; asimismo, que no le ofreció un asesoramiento responsable y transparente, sin brindarle una información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado al RAIS; que Colfondos le entregó una proyección pensional en la que se informó que su mesada pensional probable sería de 828.116 pesos, teniendo en cuenta que su base de liquidación es de 2'979.130, por lo que en caso de estar afiliado a Colpensiones su mesada sería de 1'905.766. Por último, indicó que realizó la reclamación administrativa ante Colpensiones y Colfondos. (*04Demanda.pdf*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, máxime cuando no se encontraba inmerso en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época del traslado².

Por su parte Colfondos, no se opuso a las pretensiones. Argumentó que, aunque la afiliación fue completamente válida y la entidad demandada obró de acuerdo con los parámetros establecidos en la ley, no obstante, si se considera viable ordenar el traslado no se opone a tal decisión y procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando no se condene en costas³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de septiembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

² Exp. Digital «*08ContestaciónDemandaColpensiones.pdf*»

³ Exp. Digital «*14ContestaciónColfondos2020330.pdf*»

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante el señor Orlando Ruda Velosa del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, administrado por Colfondos S.A. Señalar como consecuencia de tal declaración que, ningún efecto jurídico surtió tal acto y por tanto siempre estuvo afiliado al régimen de prima media administrado actualmente por Colpensiones.

SEGUNDO: Condenar a la AFP Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones el saldo actual de la cuenta de individual de ahorro incluidos rendimientos financieros sin descontar suma alguna por conceptos de gastos de administración o comisiones.

TERCERO: Condenar a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO: Condenar en costas de esta acción a las demandadas. Tásense⁴.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que la decisión de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero ajeno al contrato que celebraron entre el actor y Colfondos, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, donde se establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, por lo que, para el caso en concreto, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada al no participar en la decisión tomada por el hoy demandante al momento de realizar el traslado al RAIS, el cual se efectuó de forma libre y voluntaria como quedo demostrado a lo largo de todo el proceso con las pruebas en donde se evidencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir el formulario de afiliación. Asimismo, solicitó se estudie de manera juiciosa el presente caso, pues el fondo privado faltó a su deber legal de información, pero Colpensiones como tercero tendría que soportar el regreso del actor al RPMPD con la posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual tendrá un alto impacto financiero en el sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tal fin.

Ahora bien, para terminar, respecto a la validez de los contratos de afiliación que existen entre Colfondos y el demandante, se vislumbra que el mismo fue aceptado por el accionante cuando suscribió el formulario de afiliación, entendiendo así que acepta el traslado de régimen y sus condiciones de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, modificado por el Decreto 1833 de 2016, en sus artículos 2.2.1.8; agregó que, el demandante se encuentra incurso en la prohibición de que trata el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en donde se establece de

⁴ Exp. Digital: « 23LinkAudiencia22Septiembre20222020330.pdf»

manera concreta que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para tener la edad de pensión. Precisó que de conformidad con la jurisprudencia de CSJ – Sala Laboral hay lugar al reintegro de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, es decir, aportes, cuotas a fondos de garantías de pensiones mínimas, rendimientos, bonos, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, en últimas se determina que no hay posibilidad a ordenar el retorno a la demandante al RPMPD, por lo cual solicitó se condene a Colfondos, a que en virtud del incumplimiento en su deber legal de información, pague los perjuicios económicos que tuvo que incurrir Colpensiones, en atención a la teoría del daño del código civil, quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero, en el acto jurídico como lo es Colpensiones. (Min. 20:15)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor Orlando Ruda Velosa del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el accionante nació el 07 de octubre de 1960 (al índice 08 pdf, 53); ii) se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 01 de octubre de 1981 (al índice 08 pdf, 53); iii) el 08 de febrero de 2000 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Colfondos (al índice 14 pdf, 89).

Como tesis al caso se ha sostenido, que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Se itera pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello para los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido un deber permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de

régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la CSJ entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido empleador”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brinda información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL 1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de

2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Colfondos S.A. que retorne a Colpensiones, el bono pensional si existiese, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara por aseguramiento de la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretender la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito el día 22 de septiembre de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante el señor ORLANDO RUDA VELOSA y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para ordenar a Colfondos S.A. que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión

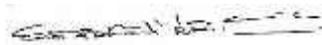
mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



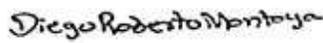
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2f6ad6d4aa938c4ef62dcc52dbdb7ad2704f14faca328556bcc53a99f4c02eba**

Documento generado en 31/07/2023 02:19:37 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31 de julio de 2023-

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-017-2020-00268-01

Demandante: NOHORA BEATRIZ RODRIGUEZ RINCON
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Obra como apoderado de la parte actora el doctor Johann Nicolas Vallejo Motta con T.P. 310.268 del C.S. de la J., como apoderado de Porvenir obra el doctor Alejandro Miguel Castellanos López con T.P. 115.849 del C.S. de la J.,

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá del 06 de septiembre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Nohora Beatriz Rodríguez Rincón llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se ordene a realizar todos los trámites pertinentes para el traslado de los aportes realizados en el RAIS al RPMD, incluido cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación, tales como las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e interés

¹ 04/11/22 pasa a despacho.

con los rendimientos que se hubieren causado junto con las cuotas de administración, debidamente indexados; así como se condene a las demandadas a cancelar las costas procesales, agencias en derecho, y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 11 de noviembre de 1963; que para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con 30 años; que desde que empezó a cotizar a las contingencias de invalidez, vejez y muerte lo hizo al Instituto de Seguros Sociales, cotizando 508 semanas. Agregó que, el 01 de septiembre de 1998 se afilió a Porvenir S.A., momento para el cual no se le informó las características del sistema pensional, los requisitos para optar por una pensión y las consecuencias de su afiliación previo a la vinculación. Por último, informó que realizó petición de traslado ante Colpensiones y Porvenir, no obstante, ambas fueron negadas. (03Demanda.pdf).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que el traslado de régimen pensional de la demandante se realizó con plena voluntad, máxime cuando se encuentra dentro de la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estando a menos de 10 años para acreditar la edad de pensión de vejez siendo imposible legalmente reactivar su afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados por la cotizante en el RAIS².

Aun cuando fue notificada en debida forma y al correo electrónico notificacionesjudiciales@porvenir.com.co, por medio del auto con fecha del 03 de agosto de 2021 se resolvió tener por no contestada la demanda por Porvenir S.A.³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de septiembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho, e inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, y prescripción, propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora NOHORA BEATRIZ RODRÍGUEZ RINCÓN identificada con la C.C. 51.726.375, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, lo anterior según lo expuesto en precedencia.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora RODRÍGUEZ RINCÓN, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y

² Exp. Digital: «06ContestacionDemanda.pdf»

³ Exp. Digital: «11AutoCitaAudiencia.pdf» // Audiencia Min.

que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, primas de seguros previsionales de invalidez, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores utilizados en seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, y por el tiempo que la demandante ha estado vinculada a esa entidad, lo anterior de conformidad con las consideraciones precedentes.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que se efectúe a favor de la demandante por parte de la AFP PORVENIR S.A., y a convalidarlos en la historia laboral de la demandante, según lo anotado en precedencia.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte⁴.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. interpuso recurso parcial de apelación, frente al numeral cuarto de la sentencia proferida. Argumentó que condenar a la devolución de todos los frutos e intereses, es decir, los rendimientos financieros, indexados es totalmente excluyente entre sí, en tanto, la simple devolución de los rendimientos compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda tal y como se manifestó por el Tribunal de Cundinamarca en el proceso de la señora Felisa León Poveda, sentencia del 21 de julio del año en curso (Rad. 25 899 31 05 002 2021 000111 01); así como el Tribunal de Cali en el proceso del señor Edilson Ricardo Regalado Gonzales con sentencia adiada el 25 de julio de 2022 (Min. 55:44).

Por su parte, Colpensiones presentó recurso de apelación sobre la condena en costas. Aseguró que dicha condena no es procedente de acuerdo con la naturaleza del proceso en tanto Colpensiones es un codemandado en el proceso por ser la entidad administradora del RPMD, por lo que es un tercero de buena fe, que ésta legitimado en la causa por pasiva y depende de una decisión favorable para trasladar a la demandante, máxime cuando presentó oposición al escrito de la demanda en tanto la señora Nohora Beatriz Rodríguez Rincón se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado (Min. 58:21).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Nohora Beatriz Rodríguez Rincón del RPMPD al RAIS.

⁴ Exp. Digital: «20VideoAudiencia06Septiembre2022»

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 11 de noviembre de 1963 (al índice 3 pdf, 44); ii) se afilió al ISS el 15 de noviembre de 1983 (al índice 06 pdf, 23); iii) el 29 de julio de 1998 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Porvenir (al índice 03 pdf, 65).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Se itera pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado

Al respecto, como tesis al caso, el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones

responsables en torno a la selección más apropiada en especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido un deber permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la CSJ entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido empleador”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brinda información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo

vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de*

los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutorio de la sentencia apelada, por lo que en este aspecto esta debe confirmarse, adicionando que para al cumplirse la devolución de los valores, estos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores o cuantías, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual las recurrentes no obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones quien tenga que recibir los aportes mencionados.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

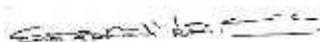
PRIMERO. ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito el día seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora NOHORA BEATRIZ RODRÍGUEZ RINCÓN y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; para ORDENAR a Porvenir S.A. que, al momento de cumplirse la devolución de los valores mencionados, estos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



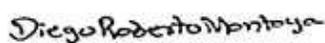
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c50d1e9cca93146db8a38ca96a05803e6e1881681a2cf2638df9bb70608d51cd**

Documento generado en 31/07/2023 02:19:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31 de julio de 2023-

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-027-2020-00413-01

Demandante: MARÍA CRISTINA BELTRÁN LÓPEZ
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
 COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDO DE
 PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá del 17 de noviembre 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana María Cristina Beltrán López llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondo De Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Protección S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se ordene el traslado y afiliación al RPMPD como si nunca se hubiera desafiliado, junto con la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, bono pensional, gastos de administración, junto con todos los rendimientos que se hubieren causado con cargo a su propios recursos; y que, en caso a de que se otorgue previamente la pensión por parte de Protección S.A. al momento de dictarse la sentencia, se continúe con el pago de la misma hasta tanto sean trasladados los recursos a

¹ 25/11/22 pasa a despacho.

Colpensiones y sea incluida en la nómina de esta entidad, así como se condene a las demandadas a las costas procesales, agencias en derecho, y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 01 de agosto de 1990; que como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados de pensiones, se trasladó al RAIS a través de la afiliación Protección para abril de 2003. Informó que, para el momento del traslado se limitó a completar el formulario preestablecido sin que se le hubiere suministrado información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado o cotizando para pensión; que no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en ambos regímenes; que no le brindó información sobre los requisitos para obtener la pensión en el RAIS; que no le entregó información objetivamente, así como, publicitaron información que faltaba a la verdad u ocultaron la misma. Por último, que solicitó a Colpensiones y Protección la anulación del traslado. (01Demanda.pdf).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que dentro del material probatorio allegado por la parte actora no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error u otro vicio del consentimiento, máxime cuando en caso en que se pensione antes de la terminación del proceso debe permanecer en la AFP Privada².

Protección S.A., solicitó negar los requerimientos de la demandante e indicó que no es cierto que hubo insuficiencia en la información brindada al momento, que brindó asesoría pertinente y necesaria de acuerdo con la normatividad vigente para la fecha del traslado, momento para el cual únicamente era exigida la firma del formulario de afiliación³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARIA CRISTINA BELTRAN LOPEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS

² Exp. Digital: «06ContestacionColpensiones.pdf»

³ Exp. Digital «11ContestacionProteccion.pdf»

DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA CRISTINA BELTRAN LOPEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliarse nuevamente a la señora MARIA CRISTINA BELTRAN LOPEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho⁴.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que no existe un vicio del consentimiento en el contrato de afiliación suscrito por la demandante, ni cumple los requisitos para que le aplique el régimen de transición; asimismo, que de conformidad con los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, no se logró establecer la falta del deber de información pues si bien la carga de la prueba se traslada a los fondos de pensiones por ser entidades expertas en el tema, reiteró que, la información brindada se demostraba con el formulario de afiliación y en este caso la demandante afirmó que no leyó el mismo y simplemente lo suscribió, como si su capacidad para celebrar contratos se viera menguada; agregó que, con el traslado al RPMPD se genera una descapitalización del sistema pensional, lo que pone en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás cotizantes. Finalmente, solicitó que en caso de confirmarse la sentencia, se condene a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, como lo son los recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuentas abonadas al Fondo de Garantía Mínima, los rendimientos, la anulación de bonos pensionales, el porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales y los gastos de administración, pues Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto se reintegren los recursos y actualice los datos de la demandante en la base de

⁴ Exp. Digital: « 15AudienciasArticulo7780»

datos.

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la Señora María Cristina Beltrán López del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 15 de abril de 1963 (al índice 01 pdf, 91); ii) se afilió al ISS el 01 de agosto de 1990 (al índice 01 pdf, 52); iii) el 12 de febrero de 2003 se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Santander, Hoy Protección S.A. (al índice 11 pdf, 34).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Se itera pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello para los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador

expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada en especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, la primera desde 1993 hasta 2009, la segunda desde de 2009 hasta 2014 y la último a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido un deber permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la CSJ entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la

intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido empleador”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brinda información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL 1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento

del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutorio de la sentencia apelada, requiriendo además ser expresa la sentencia consultada en el numeral segundo, en cuanto a que además de lo allí expuesto se deberán

devolver a Colpensiones las comisiones bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora así como DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, por lo que en este aspecto la sentencia en primera instancia debe adicionarse y confirmarse en lo demás. Aunado que, en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible, ni tampoco la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá del 17 de noviembre 2022, en donde es demandante la señora MARÍA CRISTINA BELTRÁN LÓPEZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A para ordenar a Protección que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el

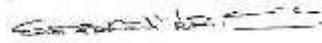
detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



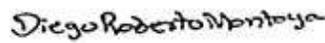
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5acdb5ef6e3e96395cee3edd449cf79e9ed28f47ae83cef2ec0e769c62096d79**

Documento generado en 31/07/2023 02:19:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-017-2020-00240- 01 / 02

Demandante: LUZ DARY ROJAS RODRÍGUEZ

Demandados: JOSÉ ORLANDO CASTIBLANCO RODRÍGUEZ, CLARA
INÉS BERNAL SÁNCHEZ, DIEGO FELIPE
CASTIBLANCO BERNAL y CRISTIAN CAMILO
CASTIBLANCO BERNAL

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra auto y la sentencia proferida en primera instancia¹, previa deliberación, procede a dictar en primer lugar, el siguiente,

AUTO

Previo al estudio de la sentencia objeto de apelación, se tiene que el juez de primer grado mediante auto proferido en audiencia virtual de fecha 19 de enero de 2023 (19/01/2022), dispuso conceder en efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de esa misma data que denegó la solicitud de incorporar al expediente y tener como pruebas los documentos aportados por la parte demandante.

Lo anterior en tanto el 19/12/2022, el apoderado de la parte demandante, mediante memorial remitido al correo institucional del juzgado de primera instancia, solicitó tener como medio de prueba una certificación laboral y un reporte de historia laboral unificado de la demandante por considerar que estos, además de ser conducentes, pertinentes y útiles, son pruebas sobrevinientes que tienen gran incidencia dentro del presente debate (al índice 21 págs. 9 a 17).

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto fechado 19 de enero de 2023 resolvió, entre otros, denegar la solicitud de incorporar al expediente y tener como pruebas los documentos que fueron aportados por la parte demandante, por considerar que en la audiencia celebrada el 29 de marzo de 2022 se recaudaron la totalidad de las pruebas solicitadas y decretadas, así como se declaró clausurado el debate probatorio, e incluso, se escucharon alegatos de

¹ Pase despacho 7/03/23

conclusión. Precisó que para la parte demandante la posibilidad de aducir pruebas, además de la presentación de la demanda, el artículo 28 del CPTSS consagra la posibilidad de reformar, adicionar o modificar la demanda y de manera concreta establece la posibilidad de aportar pruebas que en su momento no hubiesen sido acompañadas al escrito inicial (índice 22 min 4:04).

Contra la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición que en su sustentación denominó como de apelación en el que argumentó que las pruebas solicitadas no se habían aportado al proceso por causas no imputables a la actora puesto que la certificación allegada solamente fue expedida por el Fondo Nacional del Ahorro el 3 de agosto de 2022 a pesar de haber sido solicitada en diciembre de 2021. De igual manera, adujo que se trata de una prueba muy significativa y de gran incidencia dentro del presente debate, y que su ausencia podría perjudicar de manera grave los intereses de su representada y la integridad del proceso a pesar de haberse aportado con anterioridad, esto por causa ajena a su representada; que dichas pruebas y certificación laboral expedida por el demandado José Orlando fue utilizado por la señora Luz Dary durante el tiempo que existió el vínculo laboral con los demandados para adquirir un préstamo de vivienda con el FNA, lo cual significa que es una prueba idónea y en su momento fue utilizada y aceptada por dicha entidad. Igual suerte corre la prueba aportada consistente en el reporte de la historia laboral unificada expedida por Colpensiones, que fue entregado a la demandante después de haber concluido el debate probatorio y no fue aportada al proceso, prueba que goza de gran incidencia dentro del presente asunto y que su omisión puede lesionar de manera grave la verdad de la relación laboral que los demandados han querido desvirtuar y, por ende, la integridad del proceso.

Expuso que las pruebas solicitadas cumplen con los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad, y que según lo reiterado por las altas cortes, con carácter excepcional se puede autorizar su práctica o ser tenidas en cuenta en su condición de sobreviniente, facultada excepcional que el legislador otorgó a los sujetos procesales para realizar solicitudes probatorias por fuera del término previsto de manera general para tal fin y que se encuentra justificado en la imprevisibilidad de la prueba. Reconvenido por el a quo, precisó el recurrente que correspondía al recurso de reposición y en subsidio de apelación (índice 23 min 0:22).

Sea lo primero indicar, que es procedente el recurso de apelación frente a la decisión que negó el decreto de una prueba, ello de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 65 del CPTSS.

Para resolver la controversia, es un hecho indiscutido en el proceso, además que así lo acepta el recurrente, que las documentales allegadas al índice 21 págs. 12 a 17, no fueron aportadas con la presentación de la demanda, sino de manera extemporánea, por lo que, en tal sentido, el principio de preclusividad procesal que en materia probatoria se finca en la institución de las oportunidades probatorias que tiene expresa consagración legal en el artículo 173 del CGP, según el cual,

“para que sean apreciadas por el Juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código”, así pues, el principio de preclusividad implica que el proceso se encuentra dividido en etapas, por lo que finalizada una, no es posible su renovación o revivir términos y oportunidades por las partes. Mas si allegar medios de prueba por fuera de las oportunidades procesales dispuestas, no solo es sorpresivo para la defensa de cualquier contraparte, sino que puede significar que incluso por economía procesal, aquella no considerara pertinente extender la solicitud de medios de prueba, sobre la realidad que aquella considera es la que existió.

Así pues, como quiera que la solicitud de pruebas no sólo es un derecho, sino que además constituye una carga procesal de las partes que si no se hace dentro de los límites temporales o etapas procesales definidos en la Ley conlleva a la pérdida o preclusión de dicha potestad procesal. Al punto se debe memorar que el Alto Tribunal Constitucional, ha considerado la solicitud oportuna de pruebas una carga procesal, tal y como lo razonó en sentencia C-086 de 2016:

“Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Una característica de las cargas procesales es entonces su carácter potestativo (a diferencia de la obligación procesal), de modo que no se puede constreñir a cumplirla. Una característica es que la omisión de su realización “puede traer consecuencias desfavorables para éste, las cuales pueden ir desde la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal hasta la pérdida del derecho material”^[53]. En palabras ya clásicas, “la carga funciona, diríamos, à double face; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés” ^[53]²

Lo anterior, porque desde la preparación de la demanda, se contaba con la oportunidad para haber dado cuenta del medio probatorio, como también bajo la posibilidad de reforma a la demanda (art. 25.9 y 28 del CPTSS) y ello corresponde a un principio esencial del debido proceso, como es no sorprender a ninguna parte con la solicitud en interés propio de nuevos medios de prueba, que decretados extemporáneamente, sobrepasan la oportunidad procesal para controvertirlos a través de la contestación o reforma de la demanda.

² Citando: Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, p. 211 a 213.

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión recurrida, se aclara que que lo anterior difiere del decreto oficioso de pruebas, cuando el juez encuentre que es necesario para esclarecer los hechos y atendiendo a las circunstancias particulares del caso, lo que no se puede confundir en una intervención del Juez tendiente a acoger las solicitudes de las partes que en interés propio así lo realizan, pero por fuera de la debida oportunidad procesal.

Por último, como quiera que en esta instancia el apoderado de los demandados presentó desistimiento a la solicitud de multa a su contraparte por no haber remitido con copia los alegatos presentados, la Sala se abstiene de efectuar pronunciamiento sobre tal solicitud.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 19 de enero de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en precedencia.

(Firmas al final con efecto para el presente auto y siguiente providencia)

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá del 19 de enero de 2023.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana LUZ DARY ROJAS RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral de primera instancia contra José Orlando Castiblanco Rodríguez, Clara Ines Bernal Sánchez, Diego Felipe Castiblanco Bernal y Cristian Camilo Castiblanco Bernal, para que se declare que entre las partes existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 12 de septiembre de 1991 hasta el 1 de junio de 2020. Como consecuencia de ello, solicitó condenar a los demandados al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, sanción por la no consignación de las cesantías, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso incluidas las agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, al indicar que ingresó al servicio de la parte demandada bajo subordinación y dependencia desde el 12 de septiembre de 1991, para desempeñar el cargo de oficios domésticos a través de un contrato verbal; que inicialmente fue contratada como un horario interno, viviendo en el sitio de

trabajo desde septiembre de 1991 hasta diciembre de 2006, y el último horario laborado desde el año 2006 fue de 7:00 a.m. a 2:00 p.m. de domingo a domingo. Señaló que el último salario devengado fue de \$450.000 mensuales y que laboró hasta el 1 de junio de 2020, fecha en la que fue despedida de manera verbal por la señora Clara Inés Bernal.

Sostuvo que durante la vigencia de la relación laboral los demandados no cumplieron con la obligación de afiliarla al Sistema de Seguridad Social Integral, pese que durante todo el tiempo laborado ejerció sus labores de manera continua y permanente, recibiendo órdenes de todos los demandados. Expuso que tampoco le consignaron el auxilio de cesantías ni le concedieron vacaciones; que una vez fue despedida sin justa causa, la actora les solicitó a los demandados el pago de las prestaciones sociales, quienes le ofrecieron la suma de \$10.000.000, sin embargo, como no le pagaron dicho valor, la actora radicó un derecho de petición el 3 de julio de 2020, el cual fue contestado el 21 del mismo mes y año, donde los demandados negaron el vínculo laboral que existió entre las partes³.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

José Orlando Castiblanco Rodríguez, Clara Inés Bernal Sánchez, Diego Felipe Castiblanco Bernal y Cristian Camilo Castiblanco Bernal, en escrito de contestación presentado por el mismo apoderado judicial, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el escrito de la demanda, y respecto de los hechos aceptaron los relativos a que no le han cancelado ninguna acreencia laboral a la demandante, no le concedieron vacaciones y los relativos al derecho de petición y su respectiva respuesta; frente a los demás adujeron no ser ciertos. Al respecto, indicaron que la demandante nunca ha estado bajo subordinación o dependencia de los demandados, y que la relación que hubo entre la actora y el señor José Orlando Castiblanco Rodríguez fue diferente a un contrato de trabajo⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de enero de 2023 resolvió absolver a los señores José Orlando Castiblanco Rodríguez, Clara Inés Bernal Sánchez, Diego Felipe Castiblanco Bernal y Cristian Camilo Castiblanco Bernal de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora Luz Dary Rojas Rodríguez.

Resaltó que conforme los artículos 23 y 24 del CST le incumbía a la señora Luz Dary Rojas acreditar, demostrar y dar convencimiento acerca del cumplimiento de unos servicios en las condiciones que ella lo indicó en la demanda, bajo la continuada dependencia y subordinación de Orlando y Clara Inés. Que realizada

³ Exp. Digital: «índice 02»

⁴ Exp. Digital: «índice 05»

la valoración en conjunto de los medios de prueba, no se encontró demostrada esa prestación personal de servicios de manera continua o bajo una subordinación o dependencia del señor Orlando Castiblanco. Constató que efectivamente la demandante pudo haberse ocupado en una época muy pasada de algunas labores propias del hogar de la señora Clara Inés, teniendo una participación e intervención de esos oficios en una época anterior y que, con posterioridad, cuando ya tuvo su formación técnica en los estudios de belleza, la actora se encargó de prestar ese servicio a todos los miembros del grupo familiar Castiblanco Bernal, pero lo que no se encuentra demostrado es una continuada dependencia y subordinación bajo los servicios que alega la señora Rojas y que bajo esa circunstancia resulta claro que no es posible mantenerla cobijada por la presunción que consagra el artículo 24 del CST, pues aun cuando esa presunción en principio le podría aplicar, también lo es que ello no la relevaba de la carga probatoria de demostrar de manera concreta los extremos de esos servicios y las circunstancias en que los prestó.

En cuanto a los extremos temporales, señaló que la demandante refiere en su demanda que laboró desde el 12 de septiembre de 1991, sin embargo, que se encuentra demostrado que la vivienda donde dice haber cumplido su labor fue adquirida apenas en octubre de 1992, conforme se observa en el certificado de tradición y libertad. De igual forma, anotó que la demandante se ocupaba de prestar servicios de manicure, pedicura y peluquería, por lo que no se podía establecer a ciencia cierta cuándo la demandante prestaba esos servicios o cuándo era que se encargaba de prestar realizar las labores domésticas que dice haber cumplido a la familia Castiblanco Bernal; más aún cuando, según lo declarado por Elizabeth Moncada, quien afirmó encargarse desde hace 15 años del cuidado del hogar de la familia demandada, no resulta creíble que dos personas se encontraran atendiendo las labores domésticas de ese mismo hogar.

En cuanto a los demandados Felipe y Cristian Castiblanco Bernal, señaló que de las probanzas del proceso, el primero de ellos abandonó la casa de sus padres desde el año 2012 y se mantuvo alejado del hogar hasta el 2019, época en la que al parecer se desempeñó como patrullero en la dirección de residencia de la policía metropolitana de Pereira, lo que demuestra que no tuvo ningún vínculo y que por lo menos desde el año 2012 no se benefició de ninguna de las actividades de oficios domésticos que hubiesen que pregona haber cumplido la demandante en el hogar Castiblanco. Respecto a Cristian Camilo encontró probado que desde el año 2013 no vive en el hogar de sus padres.

Concluyó entonces que no se dan los supuestos para declarar, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, una verdadera relación laboral, y si bien quedó demostrado que la demandante pudo haber prestado algunos servicios domésticos en ese hogar, ello no se pudo establecer en unas circunstancias precisas de tiempo, modo y lugar, y más parece ser que la demandante prestó los servicios en ejercicios de un oficio liberal como es la atención de servicios de peluquería, belleza y estética (min 20:43 - índice 23).

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la actora interpuso recurso de apelación en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia por considerar que dentro del debate probatorio surtido en primera instancia quedó demostrado que entre las partes existió una relación de índole laboral, pues quedaron probados y demostrados los extremos temporales de la misma la cual inició el 12 de septiembre de 1991 y se prolongó hasta el 1 de junio de 2020, cuando la actora fue despedida de forma verbal por parte de la señora Clara Inés Bernal. Agregó que durante el trámite del proceso los demandados se han dedicado a desvirtuar la relación laboral existente con la demandante y para esto han optado en relacionarla con el demandado José Orlando Castiblanco, circunstancia totalmente reprochable que evidencia el abuso de poder de los demandados dentro de toda la relación laboral, situaciones que no tienen entre sí, pues el hecho de la existencia de otra relación entre las partes no impide una relación laboral.

Asegura que como lo afirmaron los testigos presentados por la activa, de manera sincera y espontánea, les consta que conocen a la parte demandada, e incluso la declarante Jaqueline Rincón vivió con los demandados y de primera conoció la relación laboral y subordinación existente entre las partes, lo que desvirtúa una serie de fotografías aportadas como defensa, con las que se pretendieron hacer ver la familiaridad entre las partes, pues sí llevaban a la demandante a sus paseos pero en labor; además, que la demandante fue quien cuidó como menores a Diego Felipe y Cristian Camilo. De igual manera, que la testigo María de los Ángeles le consta que conoce a los demandados y sus hijos, que la demandante los llevaba al colegio y los recogía cuando eran niños y a pesar de no saber qué clase de contrato o cuanto le pagaban, la veía haciendo oficios fuera de la vivienda, de domingo a domingo, y que en las diferentes reuniones familiares era la demandante quien atendía a los invitados, entre ellos, a la testigo (min 56:56 *ibídem*).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación, determinar si entre Luz Dary Rojas Rodríguez, como enunciada trabajadora, y José Orlando Castiblanco Rodríguez, Clara Inés Bernal Sánchez, Diego Felipe Castiblanco Bernal y Camilo Castiblanco Bernal, como empleadores, existió un contrato de trabajo en los extremos temporales indicados por la actora.

V. CONSIDERACIONES

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o

jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ibídem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio, contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «*toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ SL1664-2021).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso de manera conjunta, conforme a los principios de la sana crítica (artículo 61 del CPTSS).

Se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien sostuvo haber tenido una relación laboral con los demandados desde 1991, afirmando que desde ese año fue contratada para prestar los servicios domésticos y cuidado de los niños de la familia Castiblanco Bernal, relación que se prolongó hasta el 1 de junio de 2020 por cuanto los señores José Orlando y Clara Inés la despidieron sin justa causa. Sostuvo que trabajó durante 15 años como interna y, posteriormente, su horario de trabajo era de 7:30 a.m. a 2:00 pm., y que la relación con la que tuvo con los demandados y en especial con el señor José Orlando Castiblanco Rodríguez fue meramente laboral. Adujo que la familia demandada la llevaba a los paseos y diferentes actividades pues esa era su labor como trabajadora interna, sobre todo para atender a los hijos Diego Felipe y Cristian Camilo, funciones que tenía a cargo junto con las de lavar, cocinar, hacer el aseo; que cuando los hijos cumplieron la mayoría de edad, tenía las mismas tareas y que en general recibía órdenes de los cuatro integrantes de la familia (min. 28:28 índice 09).

Por su parte, presentaron interrogatorio de parte los demandados José Orlando Castiblanco Rodríguez (min. 47:30 *ibídem.*), Clara Inés Bernal Sánchez (min. 1:09:55 *ibídem.*), Diego Felipe Castiblanco Bernal (min. 1:28:40 *ibídem.*) y Cristian Camilo Castiblanco Bernal (min. 1:39:10 *ibídem.*), en síntesis, señalaron que la demandante nunca tuvo una relación laboral con ninguno de ellos. Explicaron que conocieron a la señora Luz Dary porque el señor José Orlando la presentó en la casa como una amiga aproximadamente en 1994, toda vez que él la conoció cuando la madre de la demandante estuvo hospitalizada en la Clínica Clavel. Manifestaron que Diego Felipe y Cristian Camilo nacieron en 1992 y 1994, respectivamente, y que para el cuidado de ellos existía una guardería para niños en el Seguro Social que quedaba a media cuadra de la casa, lugar donde los

llevaban a las 6:30 a.m. y los retiraban a la 1:00 p.m., que salía de turno de trabajo la demandada, para cuidarlos el resto de día en su casa. De igual manera, que Ingrid Johana Castiblanco, hija de José Orlando, vivía en la casa con los demandados y era ella quien también les ayudaba con el cuidado de los niños.

Manifestaron que la actora no realizó ninguna actividad laboral a favor de ellos, sino que ella se dedicaba a labores de salón de belleza, por lo que esporádicamente iba a su casa como esteticista, para lo cual ella agendaba los sábados, domingos, y en ocasiones si la llamaban entre semana, que la demandante iba a la casa de los demandados porque no tenía otro espacio para atender a la gente. Explicaron que desde el 1 de junio de 2020 la señora Luz Dary dejó de asistir a la casa de ellos, por cuanto se conoció de una relación afectiva con el demandado Castiblanco Rodríguez.

Rindió declaración Jacqueline Rincón Parra, se resalta, que señaló conocer a las partes desde hace muchos años. Afirmó que la familia demandada vive desde hace mucho tiempo en la casa ubicado en el barrio Villanueva, inclusive que cuando la declarante tuvo sus dos hijos, los demandados junto con Luz Dary le cuidaron la dieta porque era una familia buena gente, colaboradora y muy solidaria. Señaló que empezó a visitar a los demandados en 1991, año en que le presentaron a Luz Dary como empleada de la familia y la encargada de cuidar a los niños, pues los padres trabajaban en el hospital de Kennedy y en la San Pedro, por lo que la actora prácticamente vivía ahí como interna. Señaló que en los años 1994 y 1996 pasó la dieta de sus dos embarazos en la casa de los demandados y que para esos años Luz Dary también se quedaba en esa misma casa haciendo las labores de servicios generales y se hacía cargo del cuidado de Felipe y Cristian Camilo (min. 2:06 índice 10).

María de los Ángeles Vanegas indicó en relevancia que la actora trabajó en la casa de la familia Castiblanco desde hace 25 años, situación que le constaba ya que la declarante vivía en la misma cuadra de los demandados, ubicada en el barrio Villanueva. Informó que empezó a hablar con la actora un tiempo después que ella llegó a casa de los demandados, pues se encontraban en el mismo trayecto cuando llevaban los niños al mismo colegio. Indicó que tenía entendido que la demandante era la que cuidaba a los menores Diego Felipe y Cristian Camilo, así como que era la encargada de hacer las labores de la casa, pues eso era lo que le comentaba la misma señora Luz Dary, situación que corroboró en un par de ocasiones que fue a la casa de la familia Castiblanco (min. 4:05 índice 13).

Por su parte Ingrid Yohana Castiblanco Sanguino, indicó que conoció a la demandante aproximadamente hace 15 o 18 años por cuanto su padre -José Orlando- la presentó, llevó a la casa como una amiga, y desde ese entonces la familia la llamaba para que les hiciera trabajos de belleza. Señaló que la actora, quien vivía diagonal a los demandados, visitaba su hogar cuando se agendaba con la familia, ya dependiendo de la agenda coordinaban para que les realizara las labores de belleza; que durante muchos años evidenció situaciones un poco

comprometedoras entre su padre y la demandante sin embargo nunca dijo nada al respecto, hasta hace 2 años que Clara Inés les manifestó lo sucedido, y por esa razón perdieron contacto con Luz Dary (min. 2:16 índice 12).

Elizabeth Moncada Contreras informó que conoce a los demandados desde hace más de 15 años toda vez que aparte de tener una relación de amistad, los señores José Orlando y Clara Inés desde ese entonces son sus jefes. Preciso que ella presta a favor de los demandados los servicios generales en la casa como lavar, planchar y organizar en general la casa, labor que cumple cada 8 o 15 días de 7:00 a.m. a 5:00 o 5:30 p.m., dependiendo de que los demandados la soliciten, situación que se ha mantenido durante 15 años. Explicó que en ese mismo tiempo conoció a Luz Dary, quien era una amiga de la familia demandada e iba a la casa de los demandados a realizar trabajos de estética o belleza; que la demandante se agendaba con los hijos de José Orlando y varios amigos para prestarles el servicio de belleza, bien sea en la terraza o en la sala de la casa de los llamados a juicio, sin embargo que ella no siempre estaba en la casa, pues la declarante iba a veces a organizar la casa y no se encontraba con la demandante. Recordó que “Johanita” era quien la llevaba a los menores Diego Felipe y Cristian Camilo a la ruta del colegio, así como era la persona que estaba pendiente de ellos; y que Luz Dary no prestó ningún otro servicio diferente a los de belleza (min. 0:48 índice 15).

Las declarantes Wendy Milena Beltrán Simbaqueva (min. 1:50 índice 14) y Diana Paola Fonseca (min 2:58 índice 16), compañera de Cristian Castiblanco y esposa de Duvan Castiblanco respectivamente, afirmaron conocer a la familia Castiblanco Bernal hace 7 y 13 años respectivamente, señalaron que la señora Luz Dary era una amiga de la familia, que hacía labores de estética a todos los integrantes del hogar, incluyendo las declarantes. Sostuvieron que la demandante no vivió en casa de los demandados y que la señora Elizabeth Moncada es la persona que siempre ha estado con ellos, encargada del aseo.

Debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye esta Corporación que no se acreditó la existencia de una relación laboral entre las partes, máxime cuando no operó la presunción del artículo 24 del CST en favor de la actora, toda vez que no podría establecerse con certeza la prestación del servicio de la señora Luz Dary Rojas Rodríguez, sólo con las declaraciones realizadas por Jacqueline Rincón Parra y María de los Ángeles Vanegas.

Lo anterior, por cuanto la primera de las declarantes en testimonio, tan solo le consta, de manera general, que la actora estuvo en casa de los demandados en los años 1994 y 1996, años para los cuales la declarante adujo haber pernoctado durante un periodo de 4 meses respectivamente; sin embargo, no logró indicar con certeza si con posterioridad a esos años le constara sobre la continua prestación de servicios. Además, la testigo entró en contradicciones o versiones distintas a las señaladas por la misma actora, ya que afirmó que la señora Luz Dary trabajó como interna y tiempo completo hasta el año 2020, cuando la misma querellante aseguró que en el año 2016 comenzó a prestar sus servicios de 7:00 a.m. a 2:00

p.m., del testimonio de María de los Ángeles Vanegas, no se pudo establecer, que salvo dos ocasiones que indicó visitar la casa de los demandados, cuál era la actividad desarrollada por la actora, como tampoco es coincidente con lo indicado por los testigos allegados por la demandada, que la demandante laboró en servicios de estética en forma ocasional para toda la familia de los demandados.

Revisadas estas declaraciones, se tiene que no brindan mayor elemento de juicio que permita concluir una prestación personal del servicio de la señora Luz Dary Rojas Rodríguez, máxime cuando el conocimiento de la mayoría de los aspectos relatados fue obtenido por las referencias o la transmisión que sobre los mismos les hizo la propia demandante.

En ese sentido, existe relevancia probatoria de los testimonios de las señoras Ingrid Yohana Castiblanco Sanguino, Elizabeth Moncada Contreras, Wendy Milena Beltrán Simbaqueva y Diana Paola Fonseca, los cuales llevan al convencimiento que entre la señora Luz Dary Rojas Rodríguez y los señores José Orlando Castiblanco Rodríguez, Clara Inés Bernal Sánchez, Diego Felipe Castiblanco Bernal y Cristian Camilo Castiblanco Bernal no existió contrato de trabajo, en tanto que resultan concordantes, coherentes y contestes al señalar que la actora era una amiga de la familia que asistía de manera esporádica a la casa de los demandados para prestar sus servicios de belleza de manera autónoma.

Precisado lo anterior, no existe prueba suficiente que acredite que la actora prestó sus servicios personales para los demandados por el tiempo indicado en el libelo introductorio, esto, por cuanto al plenario la parte actora allegó un derecho de petición dirigido a José Orlando Castiblanco y Clara Inés Bernal de 3 de julio de 2020, en el que solicitó el pago de unas acreencias laborales (págs.. 8 a 11 índice 02.), con su respectiva respuesta en la que los referidos negaron la existencia de la relación laboral pretendida (pág. 12 *ibídem*).

En tal sentido, los referidos medios de convicción dan cuenta de la vicisitud advertida por el *a quo*, que en efecto no se demostraron los extremos temporales invocados por la actora, tampoco otros diferentes, ello ante la falta de otros medios persuasivos que evidenciaran los hechos alegados en la demanda, si en gracia de discusión se hubiese demostrado una relación laboral. Siendo estas las razones para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

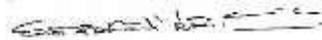
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de enero de 2023, donde es demandante LUZ DARY ROJAS RODRÍGUEZ y demandados JOSÉ ORLANDO CASTIBLANCO RODRÍGUEZ, CLARA INÉS BERNAL SÁNCHEZ, DIEGO FELIPE CASTIBLANCO BERNAL y CAMILO CASTIBLANCO BERNAL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.

Firmas con efecto para el anterior auto y la presente Sentencia.



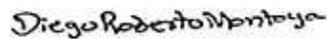
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **814a91c76d15f4187607d2e577e901d1f46b04d3a91b15ca37d154a7aa777497**

Documento generado en 31/07/2023 02:38:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-020-2021-00234-01

Demandantes: JOSÉ RICARDO SÁNCHEZ GARZÓN

Demandadas: BANCOLOMBIA S.A.

Conforme documental allegada, reasume el poder conferido por BANCOLOMBIA S.A. el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con T.P. 115.849 del C. S. de la J.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá del 2 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano JOSÉ RICARDO SÁNCHEZ GARZÓN llamó a juicio a Bancolombia S.A., para que se declare que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin haber agotado el procedimiento legal y reglamentario y sin que mediara justa causa para ello, en consecuencia, se ordene el reintegro del actor al mismo, similar o mejor cargo que venía desempeñando al momento del retiro del servicio junto con el pago de todos los emolumentos causados desde la desvinculación hasta que se realice el reintegro efectivo, declarando que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en el vínculo laboral. Subsidiariamente, solicitó el pago de la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo en los términos establecidos en la convención colectiva de trabajo de manera indexada.

Fundamentó sus pretensiones en indicar que el 23 de diciembre de 1996 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Bancolombia para desempeñar el

¹ Pase despacho 6/05/2022

cargo de Cajero Principal en la ciudad de Bogotá, teniendo un excelente desempeño durante el vínculo laboral. Señaló que la demandada lo citó para el 28 de noviembre de 2018 a una audiencia con la finalidad que explicara unas presuntas irregularidades que corresponden a algunas supuestas faltas incurridas por el trabajador, diligencia en donde se le indicó que el 9 de octubre de 2018 se presentó un faltante de \$2.000.000, que el 13 y 14 de noviembre de 2018 se presentaron unas supuestas llegadas tarde al área de trabajo, el 15 del mismo mes y año se presentó una queja por parte de un cliente del banco contra el trabajador y que el 1 de noviembre de 2018 hubo un supuesto faltante de un billete de \$50.000 en efectivo. Precisó que en esa diligencia de “explicaciones” el demandante desvirtuó por completo que hubiera ocurrido en alguna de las faltas graves de las que se le acusan, dando las explicaciones en cada caso.

No obstante, que el 3 de diciembre de 2018 se le notificó la decisión de desvinculación por parte de Bancolombia S.A., pese que el actor no incurrió en ninguna de las conductas señaladas por el banco. Adicionalmente, que las normas que invocó la demandada en la carta de terminación del contrato no corresponden a una realidad y perjudican al trabajador, quien tiene más de 20 años de experiencia dentro del banco, respondiendo de forma impecable a sus responsabilidades y sin haber presentado inconveniente anteriormente. Por otra parte, que el procedimiento adelantado por el banco se incurrió en varias irregularidades tales como que los cargos formulados fueron imprecisos, no se dio la oportunidad de conocer ni cuestionar los medios de prueba que fundamentaban la acusación ni se dio oportunidad para solicitar la práctica de pruebas. Añadió que Bancolombia tiene vigente una convención colectiva desde el 1 de noviembre de 2017 hasta el 2020, en la que se establece el proceso disciplinario como aquel establecido en la convención colectiva del año 2014, en la que en su capítulo IX artículo 26 se dispone que el proceso disciplinario es una oportunidad de aprendizaje y debe llevarse de acuerdo a la equidad y proporcionalidad, disponiendo varios pasos a seguir como es el llamamiento a descargos, la respuesta a descargos y el análisis de estos, situación que no se respetó en este caso al realizare la audiencia sin un análisis probatorio completo.

Aclaró que el demandante ha sido miembro del sindicato mayoritario de Bancolombia S.A. – Sintrabancol, por lo que el banco demandado hacía el descuento del salario para la cuota sindical; que el demandante fue beneficiario de la convención colectiva de trabajo y que para la fecha en que se terminó el contrato laboral el 18 de diciembre de 2018 el actor devengaba un salario básico de \$2.816.232².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Bancolombia S.A., mediante apoderado judicial, presentó escrito de contestación en el que aceptó los hechos relativos al lugar de prestación del servicio del demandante y el último salario devengado, frente a los demás supuestos fácticos adujo no ser ciertos o no constarles. En igual sentido, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, aclarando que no existe un

² Exp. digital: «01 2021-234 ORD- FLS. 1-199.Demanda y anexos.pdf» págs..1 a 10

proceso legal ni reglamentario para terminar el contrato de trabajo con justa causa y que en el caso particular del actor, la terminación del contrato se dio con ocasión a la comisión de una falta grave pactada por las partes. Advirtió que la terminación del contrato de trabajo no es una sanción, por el contrario, que se trata de la comisión de la condición resolutive que da lugar a la finalización del vínculo por incumplimiento del contrato y que, sin perjuicio de lo anterior, en aras de escuchar al actor respecto de los hechos objeto de terminación del contrato de trabajo se le citó a una diligencia de explicaciones, otorgándole un término de 48 horas para acudir a la diligencia. Como excepciones de mérito presentó las de: *inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, las faltas graves no son susceptibles de calificación por parte de los jueces unipersonales y colegiados, falta de título y causa del demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, prescripción y la genérica*³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de marzo de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre JOSÉ RICARDO SÁNCHEZ GARZÓN y la parte demandada BANCOLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 22 de diciembre de 1996 y el 3 de diciembre de 2018, en el que el demandante ocupó como último cargo el de cajero principal, devengando mensualmente como salario básico la suma de \$2.816.232.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada BANCOLOMBIA S.A. de todas las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas al extremo demandante. Tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a ½ SMLMV [...]”.

Para arribar a la anterior decisión, el *a quo* encontró que no fue objeto de debate en este juicio la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre el demandante y el Banco Industrial Colombiano- hoy Bancolombia- el 23 de diciembre de 1996, que el último cargo que ocupó el actor fue el de cajero principal en la ciudad de Bogotá devengando un salario básico de \$2.816.232; relación laboral que finalizó el 3 de diciembre de 2018.

Concluyó que para el caso del demandante no se acreditó que cuente con algún fuero que permita declarar que su despido fue injusto o ineficaz, para lo cual indicó que la legislación colombiana no contempla la posibilidad de un reintegro ante la ocurrencia de un despido sin justa causa, sino que conforme el artículo 64 del CST prevé una indemnización.

³ Exp. digital: «04 2021-234 fs.207-516.Contestacion bancolombia 24-11-2021_pagonenumber (1)» págs. 1 a 66.

Establecido lo anterior, valoró las pruebas con el fin de determinar si las 4 causas invocadas por el demandado relacionadas con una queja de servicio presentada por una usuaria vía red social, el faltante de \$50.000 remitido a través de la transportadora de valores, un faltante de \$2.000.000 ocurrido en el año 2018 y la llegada tarde a su puesto de trabajo corresponden a una justa causa para terminar el contrato de trabajo. Respecto de la primera causal concluyó que no se ajusta a lo establecido en el artículo 62 del CSJ ni en el artículo 67 del RIT para ser invocada como justa causa para terminar el contrato de trabajo. Frente a las otras 3 causales invocadas para dar por finalizado el vínculo laboral del demandante consideró que, según el artículo 62 del CST y principalmente el 67 del RIT, son consideradas como faltas graves que tienen como consecuencia la terminación del contrato de trabajo con justa causa, por lo que consideró que tampoco había lugar al pago de la indemnización por despido solicitado (min 9:33).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que expuso que si bien la posibilidad del reintegro se encuentra prevista para unos fueros establecidos constitucionalmente, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han establecido la posibilidad que se declare la ineficacia de la terminación de los contratos de trabajo cuando en efecto se valida una violación a un debido proceso que hayan establecido las partes, ya sea en el contrato de trabajo, en la convención colectiva de trabajo o en cualquier acuerdo suscrito por las partes. Que para el presente caso se suscribió una convención colectiva de trabajo que le aplicaba al demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo y dentro de esa convención en el artículo 26 se tiene establecido el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y contradicción y el derecho que tienen los trabajadores de por lo menos ser escuchados. En ese sentido, que la empresa violó el procedimiento establecido en la convención colectiva al haber una obligación flagrante del artículo 26, lo que conlleva que el despido sea ineficaz y que el demandante tenga derecho a un reintegro.

Sostuvo que durante todo el procedimiento adelantado por el banco, al actor no se le respetó la presunción de inocencia, como tampoco quedó demostrado que la demandada le expusiera que tenía para demostrar las llegadas tarde, pues las únicas pruebas que se le pusieron en conocimiento fueron las relacionadas con el faltante de los \$2.000.000 y sobre la queja presentada por una usuaria; pero que en ningún momento de la diligencia se corrió traslado de las pruebas con las que se contaba, incluso hay una violación grave a esa presunción de inocencia y a la buena fe, más si se tiene en cuenta que en la citación a la diligencia de descargos expresamente se señala que el señor Sánchez llegó tarde el día 13 y 14 de noviembre de 2018, a las 8:40 a.m., luego en la misma diligencia se le imputa que llegó tarde a esa misma hora, lo cierto es que esa imputación es completamente errónea, falsa, equivocada, mal intencionada toda vez que el banco registra algo que no da cuenta a una realidad, puesto que con posterioridad, en este proceso judicial, aportó como medio de prueba unas fotografías aportadas al parecer por una cámara de seguridad donde se registra que llegó tarde esos días pero a las 8:33 a.m. y 8:34 a.m., por lo que se le imputó al trabajador una situación que no

es completamente cierta, error que se repite tanto en la citación como en la diligencia.

Por otra parte, sostiene aportarse de las consideraciones expuestas la sentencia de primera instancia frente a la valoración probatoria, pues si en gracia de discusión se podría llegar a pensar que efectivamente no hay lugar al reintegro porque no hay violación al debido proceso, en todo caso sí se considera que hubo un despido sin justa causa pues no se materializaron las causas que se le hicieron ver en la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, las establecidas en el CST y en el RIT y que aquí se debe valorar específicamente todos los medios de prueba que se allegaron al proceso, por lo que si se realiza una valoración probatoria integral y detallada, se hubiese concluido que no habría lugar a que la terminación se diera con justa causa, todo lo contrario, se realizó sin justa causa. Lo anterior en cuanto en relación con el faltante de los \$2.000.000 es preciso validar que aun cuando sí hubo un reporte al respecto, debe valorarse si se sufrió o no un perjuicio grave, llamando la atención en la consideración que si bien es cierto que en las entidades financieras uno de sus elementos más importantes son los recursos económicos que dentro de otras cosas hacen parte de muchos ciudadanos del país, también lo es que dentro de esos procedimientos existen máquinas que no pueden ser igualadas a las personas; que en este caso sí hubo un reporte pero existe ausencia de valoración probatoria sobre todo frente a las confesiones realizadas en el interrogatorio de parte del representante legal de donde se advierte que el perjuicio grave es determinable por el operador judicial, máxime si se tiene en cuenta que se encuentra probada la buena intención del demandante en retornar ese dinero faltante, por lo que considera el apelante que no se valoraron las situaciones específicas de tiempo, modo y lugar en las que sucedieron los hechos del 9 de octubre de 2018.

De igual manera, en cuanto a las llegadas tarde, no se establece claramente la causal, no solamente por la violación al debido proceso, sino porque en la sentencia no se tuvo en cuenta el literal A artículo 64 que se refiere a las llegadas tarde, que refiere en cuanto a las escalas de faltas y sanciones en el RIT, de donde se advierte que si bien es una falta grave, existe un procedimiento expreso tipificado, no teniendo como consecuencia la terminación del contrato de trabajo, sino una sanción disciplinaria. Respecto a la falta de los \$50.000, sostuvo que sí quedó probado que los trabajadores usan conteos del dinero a través de máquinas que tienen un margen de error y que con mayor razón el ser humano cuenta un margen aun mayor de error, además, que no quedó probado la causa o relación directa entre ese faltante, la máquina y el actuar del demandante. Por último, recalcó que debe hacerse una valoración integral de los medios de prueba, pues la empresa actuó con mala fe al momento de citar al demandante a la diligencia, no solamente porque invocó causas que ni siquiera existen, sino porque previo a la terminación del contrato empezó a buscar situaciones para justificar hechos y, posterior a ello, en la carta de terminación del contrato de trabajo señala supuestos que no hicieron parte de ese proceso de explicaciones, situaciones que, como quedaron probadas, habían sucedido hacía más de 4 años (min. 1:16:12).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si a la finalización del vínculo laboral ejecutado entre el señor José Ricardo Sánchez Garzón y el empleador Bancolombia S.A., obedeció a las justas causas alegadas por la empresa demandada.

V. CONSIDERACIONES

Previo al análisis del problema jurídico, corresponde manifestar que no es objeto de discusión que entre el señor José Ricardo Sánchez Garzón y Bancolombia S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 23 de diciembre de 1996 y el 3 de diciembre de 2018 (3/12/2018), en el que el demandante ocupó como último cargo el de cajero principal, devengando como último salario la suma de \$2.816.232, supuestos fácticos que en igual forma se encuentran demostrados con el contrato de trabajo a término indefinido (al índice 01 págs. 18 y 19), la carta de terminación (al índice 04 págs. 102 a 105) y el certificado laboral expedido el 12 de diciembre de 2018 (al índice 04 pág. 110).

Solicitó la apoderada de la parte demandante se analice el procedimiento realizado al actor para darle por terminado su contrato de trabajo, pues, a su consideración, no se garantizó el debido proceso y, en consecuencia, el despido se torna ineficaz y el demandante tiene derecho al reintegro o, subsidiariamente, al reconocimiento y pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST.

Precisa la Sala que no existe obligatoriedad de agotar un procedimiento disciplinario previo a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, y su ausencia en manera alguna vicia o afecta de validez el despido, al respecto la Sala de Casación Laboral ha indicado que el despido no es una sanción disciplinaria por lo que no es necesario el adelantamiento previo de un proceso disciplinario, máxime si no se acredita la existencia de norma convencional o de reglamento interno del trabajo que así lo dispusiera.

Adicionalmente, debe recordarse que en criterio de la Alta Corporación, el derecho al debido proceso se materializa con la posibilidad de que el trabajador tenga la oportunidad de ser oído y dar sus explicaciones sobre los hechos que el empleador va a señalar como motivo de despido, tal como se precisó en decisión CSJ SL2351-2020 que indica:

“De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.”

De igual manera, en lo que respecta a la inconformidad referente a que no se garantizó el debido proceso al demandante en los términos establecidos en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo 2017-2020, vigente y aplicable

al actor para la fecha en que finalizó el vínculo laboral, se observa que el referido artículo establece:

“ARTÍCULO 26. DEBIDO PROCESO

Partiendo del principio constitucional del debido proceso y la presunción de inocencia, el empleado amparado por la convención colectiva de trabajo, inmerso en una presunta justa causa de despido, deberá ser oído antes de la aplicación de la decisión, asesorado, si lo considera conveniente, por dos representantes del sindicato al que esté afiliado, de los sindicatos titulares de esta convención”. (al índice 01 pág. 58)

Al respecto, lo allí estipulado fue que el procedimiento para el despido de un trabajador inmerso en una supuesta justa causa, es ser oído con asistencia de dos representantes al que se encuentre afiliado, si así lo considera, previo cualquier decisión, más no se estableció otra exigencia para la terminación del contrato tendiente a la verificación de los hechos, presentación y traslado de pruebas como lo considera el apelante. Es decir, es suficiente para tal efecto que el empleador, al considerar que se ha incurrido en una causa legal de terminación del vínculo laboral, escuche al trabajador garantizándole, a consideración de este, la compañía de dos representantes del sindicato.

Así las cosas, se considera que Bancolombia acató lo establecido en el citado artículo 26, pues el señor José Rodrigo Sánchez Garzón mediante comunicación del 26 de noviembre fue citado a “reunión debido proceso” (al índice 01 pág. 21), con el fin de rendir explicaciones sobre 4 sucesos que se le endilgaron: (i) faltante de efectivo reportado del día 9 de octubre de 2018 por valor de \$2.000.000 del cual han transcurrido 30 días sin que se haya cancelado esa partida, (ii) queja de servicio del día 15 de noviembre de 2018, con radicado. 8007754803 presentada por un cliente relacionado con la prestación del servicio que el actor brindó, (iii) ingreso al inicio de la jornada después de la hora establecida los días 13 y 14 de noviembre de 2018, y (iv) faltante de un billete de \$50.000 en el efectivo por él enviado a la transportadora el 1 de noviembre de 2018.

Misiva en la que se señaló: “así mismo, podrá estar asesorado, si lo considera pertinente, por dos representantes del sindicato al que esté afiliado”. De igual manera, se le escuchó el 28 de noviembre de 2018, se levantó un acta con las manifestaciones del implicado y la intervención de Alfonso Páez Murillo, dirigente sindical de Sintrabancol (índice 01 págs. 22 a 28).

De igual manera, del documento titulado “ACTA DE EXPLICACIONES- DEBIDO PROCESO- ART. 26 Convención Colectiva de Trabajo 2017-2020), se avizora que el objeto de la diligencia fue el mismo de la convocatoria, pues allí se formularon 8 preguntas referentes al cargo ocupado, las capacitaciones brindadas, funciones a su cargo, conocimiento del RIT y de los procesos sobre la administración de efectivo, traslado de efectivo, pago de sobrantes o faltante y sobre aprovisionamiento de efectivo y 5 preguntas específicas de los sucesos por los cuales fue citado.

En consecuencia, ninguna disonancia se advierte en la documental reseñada, por el contrario, la citación fue específica en anticipar que las explicaciones versarían sobre las 4 conductas textualmente a él señaladas; sobre eso se le indagó en la diligencia, y aunque el actor se abstuvo de contestar los cuestionamientos habituales ante las objeciones presentadas por el representante del sindicato, finalmente detalló lo acontecido los días 9 de octubre de 2018 sobre el faltante físico efectivo por valor de \$2.000.000, 15 de noviembre de 2018 frente a una queja de servicio, 13 y 14 de noviembre de 2018 sobre el ingreso al inicio de la jornada laboral después de la hora establecida y el 1 de noviembre de 2018 referente al faltante de un billete de \$50.000 remitido por el demandante a la transportadora.

En lo que respecta a las causales de terminación del contrato de trabajo del actor, es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para la terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del CST.

También, se debe tener en cuenta que, como es sabido, la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización y/o reintegro por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL1166-2018) Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Igualmente, ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de este, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que esta circunstancia, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta ameritó la desvinculación; por consiguiente, el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal. Siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esa determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual.

Para resolver el problema jurídico planteado es menester indicar que, como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien alega

la configuración de una justa causa está en la obligación de demostrar ese hecho. En tal sentido, se tiene que el despido realizado por la parte demandada se realizó a través del comunicado de fecha 3 de diciembre de 2018 (págs. 102 a 105 índice 4), que indica:

“(…) Usted, en el ejercicio de sus funciones como Cajero Principal de esa sucursal incumplió gravemente las labores para las cuales fue contratado como quiera que no ejecutó correctamente los procedimientos, funciones y responsabilidades que el Banco tiene establecidos, colocando así en grave riesgo los intereses económicos del Banco.

Los hechos en los que se fundamenta la decisión adoptada por el Banco se han podido determinar recientemente y son los siguientes:

El día 09 de octubre de 2018, finalizando la jornada laboral, usted se acercó al puesto del Director de Servicios encargado de la sucursal a informarle que en la tula del horario extendido le hacían falta \$2.000.000, al indagarle el Director de Servicios el porqué de esa afirmación, usted le indicó que en el momento en que se encontraba empacando el dinero para su envío a la transportadora, esto en horas de la tarde, notó que hacía falta un fajo, aun así usted no reportó alguna novedad al Director de Servicio en su momento y contrario a ello realizó el envío de efectivo a la transportadora, en atención a ello el Director le preguntó si usted a primera hora de la mañana al iniciar la jornada, como lo establece el proceso, había realizado el conteo del efectivo que había dejado el horario extendido, a lo cual usted respondió no haberlo efectuado, razón por la cual, atendiendo que la situación usted solo la estaba presentando al finalizar la jornada y ya cuando el efectivo que había sido dejado por la jornada adicional lo había unido con el efectivo que estaba bajo su custodia, y del que incluso había enviado una parte a la transportadora, ya no era posible realizar alguna validación que permitiera dar claridad del origen del faltante, y si el mismo correspondía o no a una diferencia del efectivo dejado por el cajero líder de la jornada adicional, quien además no presentó ninguna diferencia en su cuadre final de efectivo del día 08 de octubre de 2018, o si contrario a ello, podría incluso ser un faltante originado por una inconsistencia operativa suya y no de la jornada adicional tal y como usted lo afirmaba. En conclusión, su aviso al director del servicio sobre el faltante fue extemporáneo.

Los hechos mencionados denotaron su incumpliendo [sic] del proceso solicitar traslado de efectivo, específicamente la tarea No. 3 “Validar el efectivo recibido”, dando de esta manera origen al faltante de efectivo timbrado a su nombre el 09 de octubre de 2018 por valor de \$2.000.000.

Evidenciada la falta, originada por el incumplimiento de su parte de los procesos a su cargo, usted se comprometió con esta Gerencia a cancelar el valor correspondiente al faltante registrado a su cargo, por lo cual se le dio el plazo de un mes para cancelar este valor, sin embargo transcurrido el mes solicitado, esto es el 09 de noviembre de 2018, usted no canceló el faltante, y contrario a ello, una vez la Administración de la sucursal le indicó que la partida aún se encontraba sin cancelar, usted de manera desobligante respondió que solicitaría el crédito faltantes [sic], el cual nunca solicitó. Es importante señalar que a la fecha usted ya cumplió 55 día sin llevar a cabo la cancelación del faltante, incumpliendo con ello lo establecido en el proceso Contabilizar faltante que señala: “ Si en el cuadre diario de caja al final del día existe un faltante real de efectivo se debe grabar dicho faltante con la cedula del cajero responsable el cual tiene 30 días para su cancelación”.

En este punto cabe aclarar que la Administración de la sucursal en ningún momento accedió a extender el plazo hasta el 05 de diciembre de 2018, para el pago del faltante, lo cual difiere con lo afirmado por usted en las explicaciones entregadas el día 28 de noviembre de 2018.

Cabe resaltar que usted anteriormente ya había presentado una falla operativa que originó un faltante a su nombre por valor de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000), los cuales usted no canceló y finalmente fueron cubiertos contra el PYG de la sucursal Carrera Octava, en la que usted se encontraba radicado como Cajero Principal, generando de esta forma una pérdida económica para la Organización.

No era la primera vez que usted, en el ejercicio de sus funciones como cajero principal, presentaba este tipo de inconsistencias, toda vez que, el día 09 de noviembre de 2018, fue reportado a la oficina Valvanera, el faltante de un billete de \$50.000 en el efectivo por usted enviado a la transportadora el día 01 de noviembre de 2018, error que fue ratificado por el Banco una vez se validó el video de la transportadora en el que se evidencia dicho faltante en el recuento efectuado de la tula de efectivo por usted enviada, incumpliendo con ello lo establecido en el proceso envío de efectivo a la transportadora, específicamente actividad No. 8 Validar la preparación del efectivo que va a ser remesado *“Para el empaque del efectivo la responsabilidad será el Cajero Principal y debe realizarse ante las cámaras de video de la oficina. Empacar el efectivo en la tula o bolsa respectiva en fajos de 100 billetes”*. Hecho que desvirtúa la versión entregada por usted en la cual afirma *“todos los fajos enviados a la transportadora son verificados por máquina recontadora de fajos, constatando la cantidad de 100 billetes en cada uno”*, toda vez de ser así no se presentarían este tipo de inconsistencias. Cabe resaltar que en la reunión en la cual usted presentó [sic] sus explicaciones, le fue expuesta el acta generada por la transportadora en la cual se constata el reporte del faltante de un billete de \$50.000 en el envío efectuado por la sucursal Valvanera.

Así mismo, el pasado 15 de noviembre de 2018, fue radicada ante el Banco la queja de servicio No. 800775480 en la cual el cliente manifiesta la insatisfacción con el servicio que usted le brindó, al validar con usted dicha queja, usted informa no recordar lo sucedido debido al alto volumen de clientes que atiende [...].

De igual forma los días 13 y 14 de noviembre de 2018, usted ingresó a la sucursal después de la hora establecida para el ingreso, incumpliendo de esta forma lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo de esta Entidad, en especial lo señalado en el Capítulo X- Prescripciones de Orden, artículo 55 literal k) *“Asistir puntualmente al sitio de trabajo, según el horario establecido, así como a las actividades laborales convocadas por el Banco”*.

Con la finalidad de garantizar su debido proceso y derecho a la defensa, se le brindó la oportunidad de que presentara sus explicaciones y justificaciones sobre los hechos aquí mencionados en cumplimiento del Art. 26 de la Convención Colectiva de Trabajo 2017-2020 para lo cual fue citado por parte de esta Gerencia el 28 de noviembre de 2018 a las 9:00 a.m., donde se reunió con el Gerente de la sucursal y el Director de Servicio, sin que en dicha reunión usted pudiera justificar las situaciones aquí citadas, y por el contrario dio repuestas evasivas a algunas preguntas o se abstuvo de contestarlas.

[...]

Las anteriores faltas, se califican como graves en el Reglamento Interno de Trabajo de la entidad y en consecuencia dan lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, razón por la cual el Banco procede en este sentido.

[...].”

Así pues, se extrae que las faltas calificadas como grave se circunscribieron, en síntesis, a: (i) que el 9 de octubre de 2018 se reportó un faltante de efectivo timbrado a nombre del actor como Cajero Principal y, pese que transcurrieron 30 días para su cancelación, los mismos no fueron cancelados por el demandante; (ii) que el 9 de noviembre de 2018 se reportó un faltante de un billete de \$50.000 en el efectivo que el trabajador envió a la transportadora el 1° de noviembre de 2018, (iii) que los días 13 y 14 de noviembre de 2018 ingresó a la sucursal del banco después de la hora establecida para el ingreso y (iv) que el 15 de noviembre de 2018 fue radicada ante el Banco una queja en la cual un cliente manifestó la insatisfacción con el servicio brindado por el actor.

Allí se pone de presente las posibles faltas en que incurrió el trabajador, como quiera que se le endilgó que incumplió gravemente las labores para las cuales fue contratado, en tanto que no ejecutó correctamente los procedimientos, funciones y responsabilidades que el Banco tiene establecido, con fundamento en el artículo 62 del CST, subrogado por el artículo 7 del D.L. 2351 de 1965, literal a) numeral 6° en concordancia este último con los artículos 55 y 58 numerales 1° y 5° del mismo estatuto, y con los artículos 55 literales d), e), g), h), i), 60 numerales 1°, 5°, 10° y 67 literales c), d) y k) todos ellos del RIT.

En ese sentido, se advierte que, en el evento de la violación de cualquier falta grave consagrada en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o en los reglamentos, no puede ni le es dable al juzgador apreciar la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos, calificados previamente como infracciones en tales convenios; precisando que, frente al caso en concreto, el *a quo* no encontró demostrada como justa causa la conducta endilgada al actor referente a la queja radicada por un cliente del banco el 15 de noviembre de 2018, supuesto que quedará excluido en la alzada como quiera que no fue objeto de recurso.

El demandante con miras a probar que fue despedido sin justa causa, al índice 01 allegó las siguientes pruebas documentales:

- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes el 23 de diciembre de 1996 (págs. 18 y 19).
- Certificado expedido el 3 de febrero de 2020 por el Sindicato Nacional de Trabajadores del Grupo Bancolombia SINTRABANCOL en el que hace constar que el demandante aparece registrado como afiliado de esa organización sindical desde el 18 de marzo de 2017, hasta su desvinculación de Bancolombia (pág. 20).
- Comunicación por medio de la cual la demandada citó al actor a una “*reunión debido proceso*”, para el 28 de noviembre de 2018 a las 9:00 a.m., en la oficina de la Gerencia de la Sucursal Valvanera, donde escucharan sus explicaciones sobre los siguientes hechos: (i) faltante de efectivo reportado del día 09 de

octubre de 2018 por valor de \$2.000.000 del cual han transcurrido 30 días sin que a la presente fecha se haya cancelado esta partida; (ii) queja de servicio del día 15 de noviembre de 2018, con radicado No. 80077554803, presentada por un cliente; (iii) en el ejercicio de sus funciones como Cajero Principal los días 13 y 14 de noviembre de 2018, ingresó al inicio de la jornada después de la hora establecida, esto es a las 08:40 a.m. cuando el ingreso es a las 08:30 a.m. ; y (iv) faltante de un billete de \$50.000 en el efectivo enviado por él a la transportadora el día 01 de noviembre de 2018. Reunión a la cual se le informó podría presentar las explicaciones que considere pertinentes sobre los hechos antes relacionados y estar asesorado por dos representantes del sindicato al que estaba afiliado (pág. 21).

- Acta de explicaciones (debido proceso- artículo 26 Convención Colectiva de Trabajo 2017-2020) llevada a cabo el 28 de noviembre de 2018 (págs. 22 a 28)
- Carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 3 de diciembre de 2018 (pág. 29 a 32).
- Liquidación del contrato de trabajo (pág. 33).
- Convención Colectiva de Trabajo con nota de depósito (págs. 34 a 102).
- Certificados de existencia y representación legal expedidos por la Superintendencia Financiera de Colombia y la Cámara de Comercio de Medellín (págs. 103 a 196).
- Certificado de existencia y representación legal.

Por su parte, la demandada Bancolombia, allegó los siguientes documentales (al índice 04):

- Contrato de trabajo suscrito entre las partes (págs. 82 a 85).
- Citación a reunión debido proceso de fecha 26 de noviembre de 2018 (pág. 86).
- Acta de explicaciones de descargos junto con soportes (págs. 87 a 101).
- Carta de terminación del contrato laboral con justa causa del 3 de diciembre de 2018, autorización examen médico, comunicación dirigida a Protección y liquidación definitiva de acreencias laborales (págs. 102 a 109).
- Certificación laboral de fecha 12 de diciembre de 2018 (pág. 110).
- Reglamento Interno de Trabajo (págs. 111 a 156).
- Instructivo de actividades y relación de procesos sobre “Contabilizar sobrante o faltante”, “Solicitar traslado de efectivo” y “Aprovisionar y recoger efectivo” y lineamientos de seguridad (157 a 226).
- Certificado de aportes al Sistema de Seguridad Social (pág. 227).
- Comprobantes de nómina del periodo comprendido desde enero de 2017 a octubre de 2019 (págs. 228 a 310).

Se practicaron los interrogatorios de parte tanto del demandante como del representante legal de la sociedad demandada, de la siguiente manera:

- El demandante señaló que trabajó como cajero en Bancolombia alrededor de 12 años y que tenía conocimiento del Manual de Funciones de Cajero Principal donde se establecía el proceso para solicitar el traslado de efectivo. Señaló que como cajero principal tenía la obligación de sacar la tula del efectivo, del cofre del efectivo y contarlo al inicio de su jornada laboral, sin embargo, que para el día en que se alegó su omisión se presentaron unas circunstancias que impidieron realizar esa labor en el momento que se debía hacer, por lo que se hizo en el transcurso del día a la par con otras tareas del cargo. Afirmó haber reconocido en la diligencia de explicaciones el faltante del fajo de billetes por un valor de \$2.000.000, explicando que fue una diferencia que presentó al final del día, situación que puso en conocimiento al director de servicio encargado Cesar Martínez, sin embargo, sostuvo que no es una diferencia suya, pues él como cajero principal la asumió. Afirmó que muy seguramente se hubiera dado cuenta de dicho faltante si hubiera realizado la labor que estaba dentro de los procesos propios del cargo; además, que no canceló dentro de los 30 días siguientes esos \$2.000.000, pese que sabía que era su obligación, por cuanto según lo conversado con el Director de Servicio de la Oficina – Yair Sierra -, habían acordado en que dicha diferencia la asumiría con la prima de servicios de diciembre.

Por otra parte, aceptó que conocía el proceso dispuesto por el banco para el envío a la transportadora, el cual se ponía en práctica casi todos los días. Explicó que en alguna ocasión hubo un faltante de \$50.000 porque ese es un procedimiento que tiene vicios, uno de esos es que indica que el cajero principal debe recibir los fajos de los cajeros auxiliares o de los demás cajeros y pasarlos por la contadora de fajos – máquina que cuenta el número de billetes-; sin embargo, que en el momento en que se envía a la transportadora se presentan diferencias, entre otras razones, porque la maquina cuenta la cantidad mas no el contenido, y que esas diferencias son asignadas al cajero principal. En cuanto a las llegadas tarde, reconoció que sí reconoce haber llegado tarde a su horario laboral los días 13 y 14 de noviembre de 2018, no obstante que es un aspecto que le sorprendió al momento que le pasaron la carta toda vez que previo a ello no se presentó ningún llamado de atención escrito ni verbal por parte del Director de Servicio o del Gerente de la oficina (min 17:54).

- Por su parte, el representante legal indicó que el banco tuvo conocimiento, por manifestación del demandante, sobre el faltante de los \$2.000.000 el mismo día en que aconteció ese percance, es decir el 9 de octubre de 2018, y que lo que generó la falta fue la oportunidad en haber reportado ese faltante dado que era obligación del actor haberlo hecho a primera hora, en horas de la mañana, no obstante que su reporte fue solamente hasta finalizar la jornada. Agregó que no se tenía certeza sobre si el faltante correspondió al turno extendido de la noche anterior, toda vez que la responsabilidad estaba en cabeza del demandante como cajero principal, y ahí era importante tener en cuenta que era obligación y le competía directamente a él llegar a su jornada y efectuar esa revisión y conteo del efectivo que estaba recibiendo de la jornada anterior, precisamente porque es un tema de dinero, entonces, que el proceso es estricto en la medida en que tan pronto se llega, debe verificarse que esté correcto lo que se entrega en la jornada del día anterior, cuestión que no hizo el actor, pues reportó en el

transcurso de su jornada ya cuando ha tenido cualquier cantidad de operatividad y transacciones, por lo que ya era imposible en el momento en el que reportó haber podido hacer una auditoria, un arqueo e identificar donde estaba el origen de ese faltante y ceder esa responsabilidad. Explicó que la razón por la cual se citó a reunión de debido proceso hasta el 26 de noviembre de 2018 fue porque se dio lugar a cumplir con el proceso que otorga 30 días al trabajador para que cancele el faltante respectivo, lo que no sucedió para el caso del demandante.

Manifestó que el horario de trabajo del demandante era de 8:30 a.m. a 4:30 o 5:00 p.m.; que en el banco no hay carpeta de ingreso ni tienen huella para registro de horario. Aclaró que por protocolos de seguridad Bancolombia es muy estricto con el horario por cuanto si el demandante llegaba después de las 8:30 a.m., debía esperar hasta que se volviera abrir la puerta ya con la entrada de clientes, y que mientras él llegaba, ya transcurre un tiempo en el que los clientes están esperando (min 36:16).

Igualmente, se practicaron los siguientes testimonios:

- Jair William Sierra González indicó que trabajó como Subgerente en Bancolombia – Sucursal Valvanera en los años comprendidos entre el 2016 y 2019 aproximadamente, cumpliendo funciones múltiples tales como estar a cargo de los procesos administrativos, control operativo, velar por los servicios brindados a los clientes y estar pendiente que se cumplan con los procesos y políticas de seguridad y de control de la organización. Manifestó que el demandante laboró en esa misma sucursal como cajero principal, quien tenía la función de administrar y velar por el cumplimiento del manejo del efectivo a cargo. Agregó que el declarante intervino en el proceso de terminación del contrato de trabajo del demandante, en tanto participó en los procesos de recolección de información, estuvo presente en la audiencia de descargos y en el momento en que se le notificó su desvinculación. Al respecto, explicó que fueron 4 causas que originaron la desvinculación del demandante, un faltante de \$2.000.000 en el efectivo a su cargo, otra que hace referencia a una queja de servicio, la tercera sobre un faltante enviado por él a la transportadora y la última sobre unas llegadas tarde.

Detalló que las llegadas tarde correspondieron a los días 13 y 14 de noviembre de 2018 en tanto ingresó a las 8:33 y 8:34 a.m., cuando la hora de entrada del banco es a las 8:30 a.m. En cuanto al faltante de \$2.000.000, indicó que el día en que se presentó esa novedad el declarante no se encontraba en la oficina, pues había otra persona reemplazándolo, sin embargo, que tuvo conocimiento que al finalizar la jornada de trabajo del 9 de octubre de 2018 se reportó por parte del actor un faltante por esa suma de dinero; que posteriormente, como lo tiene establecido el banco en su comunicado de manejo de efectivo, se otorgaron 30 días para su cancelación, es decir, que por fecha calendario el faltante debió haberse cancelado a más tardar el 9 de noviembre de 2018, que días antes de cumplirse esa fecha el testigo le preguntó al señor José sobre ese faltante, quien le manifestó que lo iba a cancelar con un crédito, siendo esa la última conversación que entablaron frente a ese tema, aclarando que en ningún momento se dio autorización para que ese faltante fuera cancelado con la prima

de diciembre pues el declarante no cuenta con esa facultad. Añadió que en la oficina Valvanera, en el momento de los hechos, tenía una jornada adicional, eso quiere decir que la noche anterior el cajero líder o principal del horario extendido verifica el dinero en compañía del coordinador del horario extendido, lo que empacan en la tula que va sellada con una cinta de seguridad y es depositada en un cofre o enviada a un cofre el cual solamente tiene acceso el cajero principal al día siguiente; que el demandante lo primero que debió hacer al llegar a las 8:30 a.m. o antes, era ingresar a la bóveda, abrir el sobre e inmediatamente verificar el paquete del efectivo, para cotejarlo con el comprobante contable que dejó el cajero de la jornada anterior e inmediatamente proceder a contar cada uno de los fajos, eso con el fin de identificar si existe una diferencia frente al dinero reportado en la jornada anterior e informarlo inmediatamente al jefe inmediato o persona encargada en su momento, protocolo que no cumplió el actor, por lo que no fue posible evitar la pérdida de ese faltante, pues si el demandante hubiese verificado conforme lo exige el protocolo se habría identificado inmediatamente la diferencia. Finalmente, frente a la causal referente al faltante de efectivo al trasladarse a un carro de valores, narró dentro de las funciones del actor estaba las de verificar, alistar y enviar el efectivo excedente de la sucursal al cuarto de procesos de las transportadoras, posterior al envío la transportadora verifica el contenido de los mismos y que en noviembre de 2018 llegó un correo donde indicaron que luego de la verificación por parte de la transportadora se identificó un faltante de \$50.000, correo que se copió al correo del demandante quien manifestó no estar de acuerdo con esa diferencia (min. 56:25).

- La señora Victoria Eugenia Guaqueta Murcia en declaración rendida adujo es líder de servicio de Bancolombia desde el año 2012, para lo cual tiene encargado el acompañamiento de las redes de sucursales del banco con el fin de garantizar la operatividad en las mismas. Que conoció al actor pues él era cajero principal de la Sucursal Valvanera y tiene conocimiento que fue desvinculado toda vez que ella manejaba toda la zona y se entera de todas las situaciones, inconsistencias o fallas presentadas en las sucursales. Afirmó que el contrato finalizó porque en su momento José Ricardo presentó un faltante en la sucursal Valvanera por un valor de \$2.000.000, que en su momento se comunicó al subgerente Cesar Martínez quien le notificó a la declarante, por lo que se hizo teleconferencia indicando que se debía hacer, como es normal, el proceso en cualquier faltante, en la medida de realizar arqueo y grabar como tal ese faltante. Precisó que no actuó en ninguna otra etapa del proceso con esa causal para terminar el contrato del demandante. De igual manera, informó que hubo otra causal de terminación del contrato de trabajo referente a unas llegadas tarde, sin tener fechas exactas al respecto. Detalló que en el banco es fundamental que el cajero principal llegue temprano porque él debe garantizar que el efectivo esté a las 9:00 a.m., hora de apertura, así como, para este caso, garantizar el conteo del efectivo que dejaba el personal del horario extendido. También refirió otra situación por queja de atención servicio de clientes (min. 1:21:23).
- A su turno, Claudia Pilar Montilla Castañeda, Gerente de Relacionamento Humano de Bogotá en Bancolombia desde hace 9 años, aseguró conocer al

señor José Rodrigo Sánchez Garzón porque él se encontraba laborando en la sucursal Valvanera, sucursal que hacía parte de la zona metropolitana, zona que ella acompañaba desde la gerencia. Informó en relevancia, que participó directamente en los procedimientos relacionados con la terminación del vínculo laboral del demandante pues a la gerencia les llega la alerta de la situación, la cual es revisada y evaluada, y dependiendo de las omisiones y faltas se hace una revisión en conjunto con la gerencia de relaciones laborales para que, como en el presente caso, se inicie un proceso de desvinculación que se ajusta a lo que estuviese en ese momento establecido por la Convención Colectiva de Trabajo que cubría al demandante. Recordó que las faltas imputadas fueron el no pago de un faltante de \$2.000.000, una queja de un cliente y retrasos en el horario al momento del ingreso a la oficina (min. 1:39:50).

En ese orden, conforme al reglamento interno de trabajo -RIT-, se tiene que en su artículo 55 se establecen los deberes generales de los trabajadores, siendo relevante para el caso los estipulados en los literales “...e. *Ejecutar el trabajo que se le confíe con honradez, compromiso, eficiencia, y de la mejor manera posible. [...] h. Recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la conducta en general, en su verdadera intención, que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la empresa en general. [...] k. Asistir puntualmente al sitio de trabajo, según el horario establecido, así como las actividades laborales convocadas por el Banco*” (al índice 4. Pág. 339-340).

El artículo 67 literales c, d y k del RIT se clasifican como faltas graves que dan lugar a la terminación del contrato las siguientes “c. *Poner en peligro por actos u omisiones, la seguridad de las personas o de los bienes del Banco o de los bienes de terceros confiados al mismo. d. No cumplir oportunamente las prescripciones que para la seguridad de los locales, los equipos, las operaciones o los dineros y/o valores de la empresa o que en ella se manejan, impartan las autoridades del Banco y [...] k. descuadrarse en caja, cuando en ese evento el Banco sufra perjuicio de carácter económico grave, u omitir, aún por la primera vez, el aviso inmediato de tal hecho.*”; causales que fueron descritas en el encabezado de la carta de despido de fecha 3 de diciembre de 2018 y se adecuó a los hechos expuestos en ella.

Revisados los elementos probatorios, puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo del actor medió justa causa, como quiera que se acreditó en el juicio que él demandante incumplió con sus obligaciones, en primer lugar, al no ejercer la suficiente diligencia y control en lo que tenía que ver con sus funciones como cajero principal y que como consecuencia de esto, no se pudo establecer el origen del faltante de los \$2.000.000 ocurrido el 9 de octubre de 2018, pues como lo aceptó el actor en el interrogatorio de parte y en la diligencia de debido proceso, ese día ocurrieron varias circunstancias que le impidieron realizar la labor a él encomendada en el momento que se debía realizar como cajero principal de la Sucursal Valvanera, y que seguramente si hubiera seguido el protocolo y proceso debido al respecto, se habría dado cuenta si ese faltante pertenecía al personal del banco que cumplió con el turno del horario extendido del día anterior.

Aunado a ello, incurrió en la falta relativa a no devolver el faltante dentro de los 30 días siguientes al suceso, término establecido en el instructivo de actividades (al índice 04 pág. 158) y respecto del cual él tenía pleno conocimiento, sin que mediara justificación alguna en su omisión, como tampoco prueba que demuestre haber acordado con Jair William Sierra González Subgerente de la Sucursal Valvanera otro día para la devolución, pues ese mismo declarante negó haber llegado a algún acuerdo con el actor para el pago del faltante con la prima de diciembre de 2018, aclarando que no cuenta con la facultad para ello.

Igual análisis merece la novedad referente al faltante de \$50.000 del dinero remitido con la transportadora de valores el 1° de noviembre de 2018, en tanto esa situación se encuentra probada, para lo cual el actor además de recurrirla, la justificó en que en ese procedimiento de envío tiene vicios, siendo uno de ellos que el cajero principal debe recibir los fajos de los cajeros y pasarlos por la contadora de fajos, máquina que cuenta la cantidad más no el contenido. No obstante, dicha justificación no se encuentra probada para el presente caso.

Por otra parte, el demandante en dos oportunidades llegó tarde, esto es, fuera del horario laboral a él asignado, pues de ello dan cuenta con su dicho el mismo demandante en el interrogatorio y el registro fotográfico (al índice 04 págs. 98 y 99) donde se corrobora que, en efecto, el actor los días 13 y 14 de noviembre de 2018 llegó a las 8:33:42 a.m. y 8:34:11 a.m., aunado a que el mismo actor señaló que en esos dos días le permitieron el ingreso solo hasta las 9:00 a.m., por cuanto por seguridad el banco da apertura nuevamente hasta el horario de ingreso al público en general, circunstancia que afecta el debido y normal funcionamiento del banco pues no puede pasarse por alto que ostentaba la calidad de Cajero Principal y, como fue aclarado en los interrogatorios de parte, por los declarantes y demás documentales que obra en el plenario, de él dependía la correcta apertura de la sucursal.

Concluye entonces la Sala que las anteriores tres situaciones que rodearon la desvinculación del demandante, se comprobaron con fuerza de plena prueba y fueron procedentes en un tiempo razonable a la comunicación de la terminación del contrato de trabajo, por consiguiente generan la convicción inequívoca acerca de que el despido de que fue objeto el demandante se soportó en causales legalmente establecidas como justas, máxime si se tiene en cuenta que para que el trabajador se haga acreedor a la protección legal y sea merecedor de la indemnización por despido injusto, debe demostrar que cumplió con todas las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, entre las que se encuentran el ejercer en debida forma las actividades para las que fue contratado, bajo los parámetros y en las condiciones estipuladas por su empleador; por lo cual es claro entender que la violación de tales obligaciones resulta suficiente para dar por finalizado el vínculo.

Conforme lo anterior, se confirmará la sentencia recurrida, precisando que cuando se invoca para la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, un motivo o falta derivada de varias anomalías o irregularidades cometidas por el trabajador, basta con demostrar una de ellas, puesto que si la misma tiene la identidad o fuerza para configurar la causal alegada, como en esta oportunidad ocurre en

relación con la omisión del demandante en el desempeño de sus funciones, estipulada desde el reglamento interno de trabajo y como grave frente artículo 62 del CST, subrogado por el artículo 7 del D.L. 2351 de 1965, literal a) numeral 6° y 58 numerales 1° y 5° del mismo estatuto, en tanto no poder informar oportunamente el faltante de \$2.000.000 y por esto tampoco poder determinar su causa y la reincidencia en la tardanza en presentación al inicio de la jornada en una sede bancaria, se evidencian como suficientes para acreditar la justificación del despido.

Sin costas en la alzada, se confirma las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

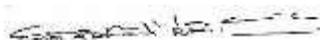
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en donde es demandante el señor JOSÉ RICADO SÁNCHEZ GARZÓN y demandado BANCOLOMBIA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



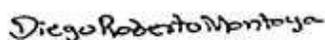
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **54d4293a5b0c7ae8f87fce3d21101f2131478a9e328aa6fb0b6334caf5da98e9**

Documento generado en 31/07/2023 02:38:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-020-2022-00039-01

Demandante: DIANA IVETTE GARZÓN MARTÍNEZ

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderado de la parte demandante el doctor ÁLVARO JOSÉ ESCOBAR LOZADA; como apoderada en sustitución de COLPENSIONES la doctora LINA MARÍA CORDERO ENRÍQUEZ y como apoderado de PORVENIR el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, conforme documental allegada.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de noviembre de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Dina Ivette Martínez Garzón, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al RPMPD.

Fundamentó sus pretensiones al indicar en síntesis que, cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte inicialmente en el ISS hoy Colpensiones y a partir de agosto de 1995 fue trasladada sin información libre del consentimiento desde el RPMPD al RAIS, administrada por Porvenir S.A., entidad a la cual continuó

¹ Pasa a despacho 13/01/2023

cotizando. Señaló que el traslado no se surtió en debida forma pues no se le proporcionó las respectivas ilustraciones y/o informaciones propias que debe proveerse a un individuo previo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, tales como los cálculos y proyecciones respecto a su futuro pensional, más las implicaciones que el cambio de régimen conlleva; que uno de los argumentos que utilizó el asesor de Porvenir para persuadirla fue que el ISS se iba acabar y por tanto podía perder las cotizaciones efectuadas a ese fondo.

Además, que no tuvo asesoría por parte de la AFP, ni los cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional, como tampoco se le comunicó las consecuencias que le acarrearía el trasladarse de régimen; que no le suministraron la debida información la cual debía ser completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional, por lo que dicha afiliación no debe producir efecto alguno. Señaló que el 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2020 radicó escrito ante Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, en el que solicitó información y documentación relativa a su traslado de régimen y la nulidad del mismo (Exp. Digital: «01Demanda.pdf»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó no aceptar ni constarle los supuestos fácticos de la demanda. Expuso que la afiliación realizada por la parte demandante con Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., el 5 de agosto de 1998 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público, en consecuencia, que no es procedente la nulidad ni la ineficacia de traslado solicitada. Formuló como excepciones de fondo las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica*².

A su turno, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, aceptó los relativos a que la demandante cotizó en el otrora ISS y la reclamación radicada, no aceptó e indicó no constarle los demás. Sostuvo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una informidad por parte de la demandante, sino que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Formuló 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 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 y la innominada o genérica*³.

² Exp. Digital: «06ContestacionPorvenir.pdf»

³ Exp. Digital: «07ContestacionColpensiones.pdf»

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual, efectuado por la señora DINA IVETTE MARTINEZ GARZON a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 05 DE AGOSTO DE 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de DINA IVETTE MARTINEZ GARZON, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a PORVENIR en favor de la parte actora, Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, sea o no apelada la decisión para que sea revisada a través del grado jurisdiccional de CONSULTA, teniendo en cuenta que la misma fue adversa a los intereses de Colpensiones como entidad y régimen de pensiones del cual es garante la nación”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia en el que solicitó modificar el ordinal tercero de la providencia, teniendo en cuenta que conforme la sentencia SL4360-2019, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la sanción que se le impone a la AFP que incumpla el deber de información es la devolución de todos los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración y dineros utilizados en seguros previsionales (min. 1:06:52).

A su vez, Colpensiones en el recurso de apelación interpuesto señaló como primera medida que al momento en que la demandante solicitó el retorno al RPMPD, el 24 de marzo de 2022, ya contaba con 54 años, por lo que ya se encontraba dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Por otra parte, afirmó que dentro del plenario no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del C.C., por lo que en el presente escenario se advierte un error de un punto de derecho que no tiene porqué salir a repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir, pues no es un error

dirimente ni de nulidad que es el que sí afecta la validez. Además, que la nulidad no se alegó dentro del término que refiere el artículo 1750 del C.C., norma que señala que para pedir la rescisión es de 4 años los cuales se contarán en caso de error o dolo desde el día de la celebración del contrato. Agregó que la demandante saneó la nulidad por la representación tácita que autoriza el artículo 1754 del C.C., al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en sus momento, si se tiene en cuenta que la actora durante todo este tiempo ha consentido que se hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS.

Añadió que tampoco existe prueba que permita acreditar si existió o no vicio del consentimiento, entendido como el deber de información, sin embargo que la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo 1604 del C.C., trata sobre la responsabilidad del deudor, sin embargo que la Alta Corporación aplica las demás normas del C.C., y al darle relevancia a éste, no analiza quien es el deudor y quien el acreedor en un contrato de afiliación, pues es el afiliado quien debe al fondo la realización de sus aportes y que solo hasta que se pensione se invierte las cargas, para lo cual el fondo de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba. Respecto al deber de información, señaló que la CSJ utiliza como norma el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber sólo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el deber de no ser controvertido en el formulario de afiliación para firmar el consentimiento, libre y voluntario, sin presiones, informado y con el consentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación; que si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora, esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada la escogencia de su régimen pensional, del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco la sustraía la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual. Finalmente, frente a la descapitalización del sistema indicó que debe tenerse en cuenta las sentencia SU062 de 2010 y SU130 de 2013 que establecen que nadie puede resultar subsidiado por los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría (min. 1:08:40).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Diana Ivette Martínez Garzón del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 23 de julio de 1967 (índice 8 pág. 6), ii) se

afilió al ISS el 22 de febrero de 1989 (págs. 66 a 70 *ídem.*) y iii) que el 5 de agosto de 1998 se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir (índice 6 pág. 77).

Ahora bien, como tesis al caso se ha expuesto, que los asuntos sobre la ineficacia de traslado propiamente no tratan del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida - RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la

Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia la persona afiliada o que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese

permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad de la demandada no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP privada que retorne con destino a Colpensiones, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

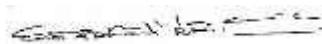
PRIMERO. ADICIONAR el ordinal Tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá del 29 de noviembre de 2022, en donde es demandante DIANA IVETTE MARTÍNEZ GARZÓN identificada con C.C. 51.871.559 y demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; para ordenar a PORVENIR S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



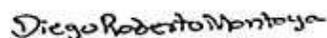
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7d79837735e61bc4ea40b6e958bdfc8725ab59fd649641cbd08e3ef667073ef4**

Documento generado en 31/07/2023 02:38:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013 105-032-2021-00427-01

Demandante: FLOR BIVIANA SANMIGUEL AGUIAR

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A.

AUTO

Conforme documental allegada, obra como apoderado PORVENIR el doctor NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con T.P. 86.117 del C.S. de la J., Se acepta la renuncia presentada por el doctor MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN como apoderado de COLPENSIONES.

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado Sustanciador (Firma electrónica al final, con efecto para la presente providencia)

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir y Colpensiones, contra las sentencias proferidas por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Flor Biviana Sanmiguel Aguiar llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al RPMPD.

¹ Pase despacho: 13/01/2023

Fundamentó sus pretensiones al indicar en síntesis que, nació el 30 de octubre de 1966 y que el 1 de agosto de 1995 se afilió al ISS, fecha a partir de la cual inició su relación laboral en el Hospital San Juan Bautista de Chaparral. Señaló que el 4 de febrero de 2000 presentó solicitud de vinculación o traslado a la AFP Porvenir, siendo informada por el asesor comercial de esa administradora que el Instituto de Seguro Social se iba a liquidar sin que hubiese sido asesorada para tomar una decisión con consentimiento debidamente informada. Agregó que el 3 de febrero de 2020 autorizó a Colpensiones para tramitar el traslado de sus aportes para pensión de Porvenir al RPMPD, entidad que le informó que la afiliación o traslado fue realizado de manera directa y voluntaria y ejerciendo su derecho a la libre elección. Por su parte, que el 5 de marzo de 2020 Porvenir le indicó que estaba inhabilitada para trasladarse por encontrarse a menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez (Exp. Digital: «01Demanda.pdf»).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir se opuso a las pretensiones de la demanda, y frente a los hechos, aceptó el relativo a la fecha de nacimiento de la actora, no aceptó e indicó no constarle los demás supuestos fácticos. Expuso que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la omisión al deber de información por parte de Porvenir al momento del traslado de régimen, como tampoco ninguna prueba que sustente la ineficacia o nulidad de la afiliación, por lo que se encuentra válidamente afiliada al RAIS².

A su turno, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, aceptó los relativos a las fechas de nacimiento, afiliación y reclamación presentada por la demandante, en cuanto a los otros dos hechos indicó no ser cierto ni constarle respectivamente. Sostuvo que al encontrarse la demandante válidamente afiliada al RAIS, al haber suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones su afiliación a la AFP Porvenir, mal se haría en declarar la ineficacia de traslado. Además, precisó que, a la fecha, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de noviembre de 2022, resolvió:

“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 FLOR BIVIANA SANMIGUEL AGUIAR a través de PORVENIR S.A., de fecha 04 de febrero de 2000.

² Exp. Digital: «06ContestacionDemandaPorvenir.pdf »

³ Exp. Digital: «07ContestacionDemandaColpensiones.pdf»

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 las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante FLOR BIVIANA SANMIGUEL AGUIAR 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.

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir interpuso recurso de apelación en el que señaló que el traslado efectuado por la demandante del se realizó de manera libre y voluntaria, además en el formulario de afiliación suscrito con Porvenir, no hubo ningún tipo de error, fuerza o dolo que permitiera la nulidad de este traslado. Que en todo caso que la actora explicó que su traslado se efectuó a solicitud de su empleador, por lo que Porvenir no tendría por qué ser condenada o responder por actos que llevaron a cabo terceros. Por otra parte, señaló que debe tenerse en cuenta que el traslado efectuado reviste completa validez en la medida que se cumplieron a cabalidad con las obligaciones que correspondían en materia de información, atendiendo el momento del traslado, con el formulario de afiliación que era la única exigencia que se endilgaba a esa AFP. Adicionalmente, resaltó que no era obligación de las AFP brindar una asesoría, dar un buen consejo o, incluso, desincentivar la afiliación, ni mucho menos una doble asesoría, pues, tal y como lo expresó el juez de primer grado, sólo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y Ley 1748 de 2015, las AFP adquirieron la obligación de asesoría e información, que la obligación explicar a los afiliados la consecuencia del traslado del régimen nace solo a partir del inciso 4 artículo 3° de Decreto 2071 de 2015, norma posterior al traslado de la demandante. Sostuvo la demandante tenía una obligación como consumidor financiero de informarse al respecto, pues debía actuar una mediana diligencia la cual suponía por lo menos de obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que se está adoptando, quien expresó que en ningún momento se acercó a Porvenir o a Colpensiones para adquirir información adicional; en todo caso que en 2006 presentó un derecho de petición sobre un error de su historia laboral, por lo que sí entendía sobre el RAIS. Además, que la inconformidad aquí alegada versa en el monto de la mesada pensional, sin

que en realidad se pueda conocer si efectivamente habrá dicha variación, por lo que no resulta suficiente ese factor para ser considerado un elemento para viciar la voluntad de la demandante.

Solicitó que en caso de confirmarse la sentencia, se absuelva a la administradora del pago de gastos de administración y descuentos por seguros previsionales, ya que el primero tiene una destinación específica por mandato legal, pues esas sumas fueron debidamente invertidas y no obran en poder de la apelante. En lo que corresponde a las primas de seguros previsionales indicó que no puede desconocerse que estos ya fueron trasladados a una compañía aseguradora la cual ya cumplió con su objetivo de cubrir las contingencias derivadas de la invalidez y sobrevivencia, por ello no se puede retrotraer en el tiempo estos pagos pues resulta material y jurídicamente imposible (min. 1:13:31).

A su vez, Colpensiones en el recurso de apelación solicitó se tenga en cuenta que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, se limitó este derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho de regresar al régimen público, norma que junto con el artículo 48 Constitucional y Acto Legislativo 01 de 2005 buscan proteger el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Resaltó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para poder hacer su traslado en cualquier tiempo, por lo que se encontraba inmersa en la prohibición de traslado y por tanto es improcedente tenerla como afiliada al RPMPD, reiterando que se estaría trasgrediendo el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

Adujo que para el momento del traslado, la obligación del fondo solo era la de brindar información y sería el afiliado el que determinaría en qué fondo realizar los aportes a pensión, por lo que resulta desmedido exigir al fondo privado que realizara alguna proyección pensional e imponer un deber de asesoría y buen consejo cuando esto no se ve impuesto en la normativa vigente, escenario que no es jurídicamente válido en la medida de que se imponga a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso no consiste solamente frente a las oportunidades de defensa y oportunidad para interponer recursos sino que exige además el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga como expresa el artículo 29 de la C.P. Refirió el principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por lo que los actos jurídicos tienen efectos inter partes, así Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada con la decisión (min 1:35:40).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de

apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Flor Biviana Sanmiguel Aguiar del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 30 de octubre de 1966 (índice 1 pág. 16), ii) se afilió al ISS el 1 de agosto de 1995 (índice 8. Historia laboral) y iii) que el 4 de febrero de 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir (índice 6 pág. 18).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia de traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes

pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo.

Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*» (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión

de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, lo anterior lleva a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada para ordenar a Porvenir que retorne a Colpensiones, además de lo expuesto por el a quo, el bono pensional si existiese, así como que los conceptos que se ordenaron retornar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

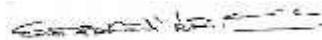
PRIMERO. ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá del 30 de noviembre de 2022, en donde es demandante FLOR BIVIANA SANMIGUEL AGUIAR y demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; para ordenar a Porvenir S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



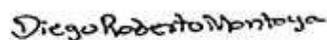
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f1d9acfe337f8c7684adae92cbf61d16b1b1d2c1b6f7ac37bd07b35b04ea5aef**

Documento generado en 31/07/2023 02:38:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-035-2015-00628-03

Demandantes: UNIDOS & ALIADOS DE COLOMBIA LTDA

Demandadas: PROTECCIÓN S.A. y COOMEVA E.P.S. S.A. en
Liquidación

Conforme documental allegada, obra como apoderado sustituto de COOMEVA E.P.S. S.A. el doctor CARLOS EDUARDO LINARES LÓPEZ con T.P. 51.974 del C.S. de la J.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación¹ interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá del 7 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

Previo a establecer los hechos y pretensiones respecto de los cuales versó el litigio, es de advertir que si bien mediante auto del 4 de septiembre de 2015 (al índice 01 págs. 237 y 238) se admitió la demanda instaurada por la señora Luz Mery León Espejo contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la Junta Regional de Calificación de Invalidez y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, también lo es que, ante las solicitudes realizadas por los sucesores procesales de la demandante, el juzgado de conocimiento mediante providencias del 24 de agosto de 2018 (págs. 562 y 563) y 10 de junio de 2021 (audiencia índice 32 min 24:10) se aceptó el desistimiento respecto de todas las pretensiones formuladas por la parte actora inicial y se dispuso continuar con el proceso únicamente frente a las pretensiones formuladas por la sociedad Unidos & Aliados de Colombia Ltda, sociedad que presentó demanda ad excludem.

¹ Pasa despacho 28/03/2022

Precisado lo anterior, en el presente asunto Unidos & Aliados de Colombia Ltda., presentó demanda ad excludendum, contra Coomeva E.P.S. y a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que se declare que esas demandadas son responsables del reconocimiento económico de todas las incapacidades permanentes que fueron otorgadas por Coomeva EPS, desde el 21 de marzo de 2015 hasta el 1° de marzo de 2017 a la señora Luz Mery León Espejo. Como consecuencia, solicitó condenarlas, en la proporción que legalmente les corresponda, al pago de las referidas incapacidades estimadas en \$15.554.032, suma que solicita sea indexada.

Fundamentó sus pretensiones al indicar, que la señora Luz Mery León Espejo ingresó a laborar en la empresa Unidos & Aliados Ltda. el 1° de diciembre de 2003, desempeñando el cargo de auxiliar administrativo. Que el 9 de noviembre de 2011, fue diagnosticada con tumor maligno generándose una serie de incapacidades las cuales fueron asumidas por la EPS Coomeva durante los primeros 180 días por tratarse de enfermedad común. Que para el tratamiento de su patología le realizaron unas radioterapias y mastectomía radical derecha, lo que le ocasionó *pie caído por mono neuropatía y radiculopatía S1 derecha*. Señaló que las incapacidades generadas desde el día 181 hasta el 360, es decir desde el 12 de julio de 2012 hasta el 11 de julio de 2013, fueron asumidas por la AFP Protección. Sin embargo, que esa administradora mediante escrito del 23 de septiembre de 2013 comunicó a la señora León Espejo que las incapacidades finalizaron por cuanto contaba con una pérdida de capacidad laboral del 19.67% con fecha de estructuración del 5 de agosto de 2013 y, en consecuencia, no le sería reconocida la pensión por invalidez; dictamen contra el cual se interpuso recurso de reposición y apelación.

Agregó que, debido a lo anterior, la señora Luz Mery León Espejo debió reincorporarse de forma inmediata a su lugar de trabajo en el mes de agosto de 2013. Posteriormente, que el 9 de noviembre de 2013, debido a su inestabilidad del pie derecho, sufrió un accidente laboral, para lo cual le fue diagnosticado un *esguince y torcedura de la columna lumbar y contusión de rodilla*, patologías que fueron atendidas por la Arl Colmena en el Centro de Especialidades Médico Quirúrgica Ltda, siendo incapacitada hasta el 15 de noviembre de 2013, quedando limitada para la marcha. Luego, que se le generaron incapacidades desde el 21 al 28 de noviembre de 2013 y desde el 9 al 11 de enero de 2014. Mencionó que tras nuevos episodios, la señora León Espejo permaneció en la UCI desde el 21 de marzo hasta el 3 de abril de 2015 y hospitalizada desde ese último día hasta el 15 de mayo de 2015.

Advirtió que Unidos & Aliados de Colombia Ltda, en calidad de empleador de la señora León Espejo, siguió cancelándole sus salarios y efectuando los respectivos aportes al sistema de seguridad social; que el 1 de marzo de 2017 la trabajadora falleció y que la incapacidades médicas generadas desde el 21 de marzo de 2015 hasta el 1° de marzo de 2017 no fueron reconocidas o pagadas a la trabajadora por Coomeva EPS ni la AFP Protección, quien devengaba un salario mínimo legal vigente².

² Exp. digital: «01-2015-00628.pdf» págs. 672 a 676 y 710 a 715.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., mediante apoderado judicial, presentó escrito de contestación en el que aceptó los hechos relativos a la comunicación del dictamen de pérdida de capacidad laboral del 23 de septiembre de 2013, los recursos interpuestos contra los dictámenes de PCL y la fecha de fallecimiento de la señora Luz Mery León Espejo, frente a los demás supuestos fácticos adujo no ser ciertos o no constarles. En igual sentido, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que no es procedente condenar a la administradora a cancelar las incapacidades generadas entre el 26/02/2016 al 01/12/2016 (280 días), en razón a que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 respecto al pago de incapacidades superiores al día 540 recae en la EPS. Como excepciones de mérito presentó las de: *cobro de lo no debido, pago y compensación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica*³.

Por su parte, Coomeva E.P.S. S.A., en escrito de contestación a lo pretendido por el ex empleador, aceptó los hechos referentes a que esa entidad asumió el pago de los primeros 180 días de incapacidad, el ingreso de la señora León Espejo a la UCI, el traslado a la unidad de quemados y la fecha de su fallecimiento, respecto de los demás hechos manifestó no ser ciertos o no constarles. De igual manera, se opuso a las pretensiones formuladas por la sociedad demandante como quiera que no hay lugar a reconocer ningún pago de suma dineraria por concepto de incapacidades al no existir fundamento fáctico ni jurídico que demuestre una obligación en contra de la entidad. Formuló como excepciones de fondo las de: *cumplimiento de Coomeva por reconocimiento y pago de incapacidades a su cargo, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección no cumplió con los requisitos para reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, no reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días acumulados a partir de la fecha 3/09/2016 y continuos hasta la fecha 15/01/2017 acumulando 668 días, inexistencia de la obligación a cargo de Coomeva EPS S.A. y buena fe*⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de febrero de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que COOMEVA EPS es responsable del pago de incapacidades correspondientes a los primeros 180 días por enfermedad general de la señora Luz Mery León Espejo para el periodo comprendido del 23 de marzo al 23 de septiembre de 2015, en los términos del art. 1 del Decreto 2943 de 2013 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

³ Exp. digital: «07-MEMORIAL 9 SEPT 2020 - CONTESTACION DEMANDA AD EXCLUDENDUM J. 35 LAB 2015-00628 DTE LUZ MERY LEON ESPEJO Y OTROS DDO PROTECCION»

⁴ Exp. digital: «12 - CONTESTACIÓN COOMEVA- CONTESTACION DE DEMANDA AD EXCLUDENDUM 2015-0628 UNIALIADOS LTDA»

SEGUNDO: DECLARAR responsable a la AFP PROTECCIÓN S.A del pago de las incapacidades correspondientes al día 181 a 540 es decir del 24 de septiembre de 2015 al 01 de enero de 2017, en los términos del art. 1 del Decreto 2943 de 2013 y del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

TERCERO: CONDENAR a COOMEVA E.P.S S.A. a pagar a UNIDOS & ALIADOS LTDA \$1.396.010; como valor resultante al pago de las incapacidades generadas a la señora Luz Mery León Espejo entre el 23 de marzo al 23 de septiembre de 2015 en la proporción que estipula el art. 1 del Decreto 2943 de 2013 de manera indexada.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A a pagar a UNIDOS & ALIADOS LTDA el valor correspondiente a las incapacidades generadas a la señora Luz Mery León Espejo entre el 24 al 28 de septiembre de 2015 y del 11 de junio de 2016 al 15 de enero de 2017 de manera indexada en cuantía de \$4.136.730.

QUINTO: Absolver a las demandadas del pago de las incapacidades solicitadas entre el 16 de enero de 2017 al 01 de marzo del mismo año por las razones indicadas en la parte motiva.

SEXTO: Sin CONDENAS EN COSTAS”.

Para arribar a la anterior decisión, el juez de primer grado acudió a la jurisprudencia y resoluciones que regulan el tema de incapacidades, en especial la Resolución 266 de 1998 que establece que la prórroga de las incapacidades no debe tener una interrupción superior a los 30 días. En el caso en particular, advirtió que la primera incapacidad que se le reconoció a la señora León Espejo fue el 9/11/2011 por un tumor maligno y la última incapacidad reconocida y pagada fue por Protección el 11/06/2013, por el mismo diagnóstico. Posteriormente, que se generaron incapacidades entre el 21/11/2013 al 9/01/2014 con ocasión a un accidente de trabajo las cuales fueron reconocidas y pagadas por la ARL Colmena; incapacidades respecto de las cuales transcurrieron más de 30 días desde la incapacidad inicial, además que hubo un cambio de diagnóstico, por lo que no se puede entender que las incapacidades solicitadas por la demandante del 21/03/2015 al 01/03/2017, por las quemaduras de segundo y tercer grado, sean continuas a la inicialmente reconocida. Establecido lo anterior, realizó el estudio del pago de las incapacidades por este último diagnóstico y nuevo periodo, advirtiendo que, conforme el Decreto 2943 de 2013, el empleador reconoce las prestaciones económicas correspondientes a los 2 primeros días de incapacidad originadas por enfermedad general, la EPS a partir del 3° día hasta el 180 y a partir del día 181 es la AFP a la cual se encuentre afiliado el trabajador quien asume dicho pago, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación y que conforme la sentencia T-401 de 2017 las incapacidades que superan los 540 días las debe sufragar la respectiva EPS.

Respecto de las incapacidades otorgadas desde el 21/03/2015 al 15/01/2017, indicó que Coomeva EPS expidió las respectivas incapacidades de conformidad con la certificación obrante a folio 450, que conforme los desprendibles de pago

[sic] y el testimonio de Tatiana González León, tuvo por probado que Unidos & Aliados Ltda. le pagó a la señora León Espejo las incapacidades generadas, por lo que concluyó que Coomeva es responsable del pago de las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días por enfermedad general de la referida señora para el periodo que corresponde del 21/03/2015 al 28/09/2015, y que la AFP debe responder del pago de las incapacidades que corresponden al día 181 hasta el 540, es decir, desde el 29/09/2015 al 01/01/2017 en los términos establecidos en el art. 1 del Decreto 2943 de 2013 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Ahora, advirtió que Coomeva insiste en que pagó las incapacidades de los primeros 180 días, para lo cual aportó una certificación expedida por el banco Occidente el 23/08/2021 donde se observa que la EPS reconoció la suma de \$3.823.144 por concepto de las incapacidades generadas entre el 23/03/2015 al 23/09/2015, sin embargo, que el valor que debió reconocer correspondía a \$5.219.154, en consecuencia, adeuda a Unidos & Aliados de Colombia Ltda. la suma restante de esos dos valores que asciende a \$1.396.010. En cuanto a Protección, advirtió que esa administradora acreditó el pago de incapacidades del 29/09/2015 al 10/06/2016 sin que se refleje el pago de las incapacidades posteriores a su cargo comprendidas entre el 24/09/2015 al 28/09/2015 y del 11/06/2016 al 15/01/2017, por lo que concluyó que esa encartada deberá reconocer las sumas de \$4.136.730. Finalmente, frente a las incapacidades solicitadas del 16/01/2017 al 1/03/2017 manifestó el juzgador de primer grado que no obra dentro de las diligencias registro de esas incapacidades, por lo que no accedió a las mismas (min. 26:04).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la empresa demandante interpuso recurso de apelación en el que señaló que no busca modificar lo resuelto por el juez de primera instancia, respecto a la responsabilidad económica de las demandadas, sino que solicita el reconocimiento y pago de los valores reconocidos de manera indexada argumentando que se debe reconocer la pérdida que sufre los dineros en el pago de obligaciones con el transcurrir el tiempo. Adicionalmente, considera insuficiente lo definido en el fallo apelado respecto a que no se evidenciaron incapacidades del 1/01/2017 al 1/03/2017, pues afirma que dentro del expediente y del listado de incapacidades que aporta Coomeva se define que en el momento en que la señora León Espejo fallece, pues ya estaba incapacitada, y que la última incapacidad había sido expedida el 29/02/2017, por ende, solicitó reajustar el monto por 60 días que la empleadora sí le pagó a la trabajadora (min. 47:30).

Por su parte, Coomeva EPS, presentó recurso de apelación en el que resaltó que la misma sociedad demandante reconoció el pago total de la obligación por parte de Coomeva frente a los primeros 180 días de incapacidades, situación que se corrobora con los soportes allegados al plenario. Que dentro del plenario se logra demostrar el pago completo de las incapacidades, puesto que la liquidación de las mismas se realizó con el monto del IBL, arrojando un valor de esas incapacidades,

por lo que considera que no es de recibo que se afirme que Coomeva adeude un valor por más de \$1.000.000, cuando ya se demostró el pago total de la obligación por los 180 días de incapacidades, teniendo en cuenta la base de liquidación que se tenía para el momento de su liquidación, por lo que se solicita que en la alzada se determine que el pago se realizó en debida forma y completamente (min. 51:30).

A su turno, la apoderada de la AFP Protección interpuso recurso de apelación indicando que para resolver las excepciones de pago y compensación no se tuvo en cuenta la documental obrante en el proceso donde se advierte que Bancolombia emitió con fecha 13/06/2016 el traslado a varias entidades, el pago de incapacidades, dentro de los que se observa el pago que se efectuó a Unidos & Aliados de Colombia en la cuenta corriente 57472901911 con NIT 830092766 por valor de \$3.497.748 abonado a dicha cuenta de Bancolombia el 10/06/2016, incapacidades que comprendían la solicitud que la demandante había elevado a Protección el 23/01/2017, relacionadas con el pago de las incapacidades comprendidas entre el 26/02/2016 a 02/11/2016, periodos que efectivamente ya fueron reconocidos por Protección. En esa medida, solicitó que se tengan en cuenta los pagos efectuados adicionalmente a los indicados por el juez de primer grado relacionado con un pago previo que se había realizado a la señora León Espejo por un valor de \$6.729.410 a la Caja Social de Ahorros. Añadió que aunque se insiste que la AFP debe reconocer esos pagos, bajo el entendido que no existen unas incapacidades que se hayan definido de manera sucesiva, en todo caso Protección sí cumplió con lo relacionado a los pagos de los 540 días; razón por la cual solicitó se tenga en cuenta los pagos realizados por la administradora que fueron realizados en la proporción indicada por la legislación de los 540 días de reconocimiento y se tenga en cuenta la documental que soporta los varios pagos realizados por Protección (min. 55:02).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si a Unidos & Aliados de Colombia Ltda. le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común pagadas a la señora Luz Mery León Espejo en los términos fijados por el juzgador de primer grado, a cargo de Coomeva S.A. E.P.S. y la AFP Protección S.A.

V. CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver la controversia planteada, sea lo primero recordar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 206, establece que el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, reconocerá las incapacidades de origen común, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. A su vez, el auxilio por incapacidad se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de esta que hacen las Entidades Promotoras de Salud - EPS, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el

tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

Por regla general la incapacidad se reconoce por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma, caso en cual, dicha entidad deberá reconocer la prestación económica derivada de la incapacidad por enfermedad general, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015 (compilado art. 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016), el cual prescribe:

“Artículo 2.1.13.4 Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas. No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones”.

En cuanto al pago de esta prestación económica de origen común, el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, mediante el cual se determinó el *«Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad»*, modificado por el art. 1 del Decreto 2943 de 2013, dispone, en su párrafo 1:

“ (...) Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

De igual modo, el párrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, modificó lo anterior y dispuso que *“en el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”*.

Ahora bien, el auxilio monetario a cargo del SGSSS se liquida con base en el salario que devenga, a razón de las 2/3 partes por los primeros 90 días, y la mitad por otros 90, de conformidad con lo establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, declarado exequible condicionalmente en el entendido que esta erogación no podrá ser inferior al SMLMV (C.C. C-543 de 2007)

Asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador ante las EPS, razón por la cual el empleador se encuentra inmerso en la obligación de efectuar el pago de las incapacidades por enfermedad

general, para luego, conforme el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 realice el respectivo cobro a la EPS.

De otra parte, los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, establecen:

“(…) Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (…)

Ahora bien, en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 se previó la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) – ADRES, que tendría, entre otras funciones, el pago a las respectivas EPS *“por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos”*,

Debe tenerse en cuenta que la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia STL16504-2016, ha indicado:

“Al respecto, resulta preponderante señalar que pese al vacío legal que en el pasado existía, con la expedición de la Ley 1753 de 9 de junio de 2015 se superó tal indefinición, advirtiéndose que en el precepto 67 de dicha norma se establece que los recursos que administrará la «Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)», ente creado en dicha disposición legal se destinará, entre otros aspectos, al «reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen

común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades».

Conforme con lo cual es dable predicar que ante la atribución del legislador a las EPS del pago de las incapacidades superiores a 540 días, no es dable liberar de dicha obligación a la entidad impugnante; ahora, aun cuando de conformidad con el referido precepto la EPS tiene la posibilidad de obtener el pago de los recursos que disponga o haya dispuesto para ello a través del sistema general, el hecho de que aún no haya entrado en funcionamiento la entidad creada por la ley, no puede soslayar la obligación impuesta a su cargo, sin que el afiliado deba soportar las consecuencias de tal omisión.”

Corolario, si la incapacidad es menor o igual a 2 días, será asumida por el empleador (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013); si la incapacidad es mayor a 3 días y hasta el día 180, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador siempre y cuando sea prórroga de otra, advirtiendo, las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad. A partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540, estarán a cargo del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, pues este se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012); y frente a las incapacidades causadas después del día 540, en virtud del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, a la EPS, sin perjuicio de la calificación del Estado de Invalidez.

Conforme a lo expuesto, considera la Sala de Decisión que previo a establecer la responsabilidad en el pago de las incapacidades, menester es verificar si la señora Luz Mery León Espejo fue objeto de incapacidades por parte de Coomeva EPS S.A., para ello se avizora al índice 01 págs. 598 y 599 la relación detallada de las incapacidades de origen común prescritas a la señora León Espejo, las cuales,

para el caso y delimitado al presente litigio, datan del 21/03/2015 hasta el 01/01/2017⁵, de origen común o enfermedad general.

Aunado a lo anterior, obran reportes de nómina de la demandante a la señora Luz Mery Leon Espejo correlacionadas a las anteriores incapacidades causadas desde el 21/03/2015 hasta el 01/01/2017 (índice 01 págs. 613 a 659) y conforme lo informó la declarante Leidy Tatiana González León (hija de la trabajadora) quien afirmó en referencia a lo sucedido después de la afectación por quemaduras, que *“ella recibía un salario mínimo legal vigente y UniAliados de Colombia fue el que de buena fe le pagó a ella sus sueldos hasta el último día, ellos se acercaron a la clínica donde ella se encontraba y nos llevaron el salario mínimo de ella, que fue el último que recibió”* (min. 1:33:22 índice 32).

Ahora bien, la Sala considera que una vez establecida la forma como se reconocen y pagan las incapacidades y los pagos realizados por la demandante Unidos & Aliados de Colombia y Coomeva EPS, conforme la certificación de incapacidades (índice 01 págs. 598 y 599) desde el 21/03/2015, pues aun cuando no transcurrieron más de 30 días entre una incapacidad previa generada el 26/02/2015 y la que inicia el 21/03/2015, lo cierto es que conforme la historia clínica (págs. 77 y sig. *ídem.*), a partir de esta última data la referida señora ingresó a urgencias por una quemadura corporal, situación que implicó varios tratamientos e incapacidades continuas hasta el 15/01/2017.

Así las cosas, las incapacidades generadas entre el 21/03/2015 hasta el 16/09/2015 se encuentran a cargo de la EPS Coomeva, las cuales corresponden a los primeros 180 días de incapacidades continuas por la misma enfermedad, respecto de los cuales se descuentan los primeros 2 días asumidos por el empleador Unidos & Aliados de Colombia Ltda.

5

Nº Número Incapacidad	Origen	Diagnóstico	Ifo	Periodo desde	Periodo Hasta	Nº número de Días	Días Acumulados	Días Reconocidos	Valor
10190359	ENFERMEDAD GENERAL	D059	850000	2017-01-01	2017-01-15	15	668		
10090314	ENFERMEDAD GENERAL	C509	850000	2016-12-02	2016-12-31	30	653		
10136875	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-11-02	2016-12-01	30	623		
10136871	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-10-03	2016-11-01	30	593		
10136867	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-09-03	2016-10-02	30	563		
9857661	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-08-04	2016-09-02	30	533	0	
9857663	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-07-05	2016-08-03	30	503		
9642372	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-06-06	2016-07-04	30	473	0	
9642363	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-05-26	2016-06-04	10	443	0	
9575646	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-04-26	2016-05-25	30	413	0	
9575638	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-03-27	2016-04-25	30	403		
9298482	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-02-26	2016-03-26	30	373		
9185022	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2016-01-27	2016-02-25	30	343		
9185008	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-12-28	2016-01-26	30	313		
9184990	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-11-28	2015-12-27	30	283		
9002425	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-10-29	2015-11-27	30	253		
9002416	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-09-29	2015-10-28	30	223		
8708624	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-08-30	2015-09-28	30	193		365132
8663991	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-07-31	2015-08-29	30	163		644350
8663975	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-07-16	2015-07-30	15	133		322175
8501174	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-07-01	2015-07-15	15	118		322175
8501164	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-06-16	2015-06-30	15	103		322175
8501151	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-06-02	2015-06-15	14	88		300667
8394754	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-05-04	2015-06-01	29	74		622872
8394739	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-04-04	2015-05-03	30	45		644350
8342888	ENFERMEDAD GENERAL	T203	850000	2015-03-21	2015-04-03	14	15		279218
8070985	ENFERMEDAD GENERAL	L304	850000	2015-02-26	2015-02-26	1	1		

Ahora, se tiene que Coomeva notificó a Protección sobre la incapacidad continua y concepto favorable de rehabilitación de la señora Luz Mery León Espejo “para el reconocimiento y pago del subsidio económico por incapacidad temporal a partir del día 181, de acuerdo con el Decreto 2463 de 2001 artículo 23” sin que fuese objeto de reparo la fecha de su notificación; tal como se concluyó en primera instancia, correspondía a la AFP Protección asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más - hasta el día 540-, es decir a partir del 17/09/2015 y hasta el 10/09/2015.

Sumado a lo expuesto, observa la Corporación que la señora Luz Mery León Espejo continuó con incapacidades hasta el 15/01/2017, es decir, superior a 540 días. Así las cosas, frente a las incapacidades expedidas por Coomeva comprendidas entre el 11/09/2015 y el 15/01/2017 a favor de la señora Luz Mery León Espejo, según la certificación e historia clínica ante señaladas, se tiene que estas son posteriores al día 540.

En ese sentido, ya que una vez realizadas las proporciones legales respectivas el resultado no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente, en el *sub examine* la EPS Coomeva y la AFP Protección tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las incapacidades en los siguientes valores:

PERIODO		# DÍAS	# DÍAS ACUMULADOS	RESPONSABLE	TOTAL DÍAS A PAGAR	VALOR RECONOCER
21/03/2015	22/03/2015	2	2	Unidos & Aliados	2	
23/03/2015	16/09/2015	3-180	180	Coomeva	178	\$3.823.143,3
17/09/2015	10/09/2016	181-540	540	Protección	360	\$8.114.080,5
11/09/2016	15/01/2017	541-667	667	Coomeva	127	\$3.310.529,0

Consecuente con lo anterior, no fue objeto de discusión en la alzada que la sociedad empleadora demandante asumió el pago de las incapacidades prescritas a la señora Luz Mery León, desde el 21/03/2015 al 15/01/2017, motivo por el cual a la EPS Coomeva correspondía asumir el pago de \$3.823.143,3.

Ahora, al índice 46 obra certificación emitida por el Banco de Occidente de fecha 23 de agosto de 2021, en la que la entidad financiera informa el detalle de dos pagos realizados por Coomeva a la sociedad Unidos & Aliados de Colombia Ltda. con Nit. 830092766 los días 18 de septiembre de 2015 y 26 de febrero de 2016 por valores de \$2.491.487 y \$1.331.657, que sumadas corresponde a \$3.823.144. Es decir, la Empresa Promotora de Salud asumió el pago que le correspondía por concepto de las incapacidades hasta el día 180, razón por la cual se revocará el ordinal tercero de la sentencia apelada para en su lugar absolver a la referida entidad de las pretensiones incoadas en su contra.

En lo que respecta a la AFP Protección, también obra dentro del plenario certificación bancaria emitida por Bancolombia en el que se advierte que esa administradora transfirió el 10 de junio de 2016 a favor de Unidos & Aliados de Colombia la suma de \$3.497.748 a la cuenta corriente No. 57472901911 (págs. 475 a 477 índice 1) que restado al valor que corresponde entre el día 181 al 540 de incapacidad de \$8.114.080,5- a tal AFP, arroja \$4.616.332,5 pendientes por pago. Si bien la apoderada de la administradora sostiene que su representada efectuó un pago de \$6.729.410, con el que pretende se realice la respectiva compensación, lo cierto es que dicho reconocimiento corresponde las incapacidades reconocidas a la señora León Espejo por un periodo anterior, entre julio de 2012 y junio de 2013 (págs. 269, 485 y 486).

Precisado lo anterior, se concluye que Protección adeuda una cifra mayor a la indicada por el a quo, que es una primera razón para no acceder a lo expuesto en el recurso de apelación por aquella parte procesal, aunado que la parte demandante apeló, pero por la inclusión de días posteriores a las indicadas por el a quo (15 de enero de 2017) y como se observa en precedencia, la responsabilidad de la AFP es hasta el 10 de septiembre de 2016. Lo que implica confirmar la condena fijada en primera instancia contra la AFP.

No se accederá a lo solicitado por la parte demandante en el recurso de apelación referente a la condena del pago de incapacidades comprendidas entre el 16/01/2017 y el 01/03/2017, ya que dentro de la certificación de incapacidades referida, no obra constancia que a la señora Luz Mery León Espejo se le hubiese generado incapacidad por dicho lapso. Tampoco se hará pronunciamiento alguno frente a la indexación solicitada por la parte actora, pues el *a quo* condenó por dicho concepto.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación, conforme lo expuesto se confirmará la sentencia de primera instancia apelada, pero por las anteriores razones, excepto en el numeral tercero para, en su lugar, absolver a COOMEVA E.P.S. S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por ALIADOS & UNIDOS DE COLOMBIA LTDA. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

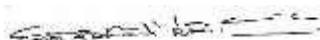
PRIMERO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de febrero de 2022, en donde fue demandante inicial la señora LUZ MERY LEON ESPEJO y demandante ad excludendum UNIDOS & ALIADOS DE COLOMBIA

LTDA y demandadas PROTECCIÓN S.A. y COOMEVA E.P.S. S.A. en Liquidación y confirmar en lo demás, pero por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



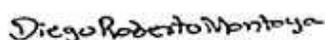
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3af93f837602ae0949d95ff1a3bf9c939dd7a13032b371d3731b4954a106444d**

Documento generado en 31/07/2023 02:38:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-036-2018-00657-01

Demandante: LUZ MARINA GIL CARDOZO

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Conforme documental allegada, obra como apoderada de PORVENIR S.A. la doctora ANDREA DEL TORO BOCANEGRA

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión el recurso de apelación¹ interpuesto por el apoderado de la actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de julio de 2022.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana LUZ MARINA GIL CARDOZO, por intermedio de apoderado judicial, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado actualmente por Porvenir, en consecuencia, se ordene a la administradora de fondos de pensiones del régimen privado trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, y a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora, recibiendo la totalidad de los anteriores conceptos.

Solicitó condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del último aporte a pensión, de manera indexada, junto con las costas del proceso y lo que se encuentre probado extra y ultrapetita.

¹ Pase despacho 12/08/2022

Fundamentó sus pretensiones al indicar que nació el 20 de enero de 1961, cumpliendo los 57 años el 20 de enero de 2018 y que cotizó un total de 608 semanas en el ISS. Señaló que el 1 de julio de 2000 se trasladó del ISS al RAIS administrado por Porvenir, aparente decisión libre y voluntaria de la actora que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad. Que dicho traslado se caracterizó por la nula información del fondo privado a la demandante respecto al monto y la forma como se liquidaría la mesada pensional, además que Porvenir no le informó antes del 20 de enero de 2008 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Agregó que desde su afiliación al RAIS hasta el 31 de diciembre de 2007 cotizó 898 semanas, que sumadas a las cotizadas en el RPMPD corresponden a 1506 semanas y que el 27 y 31 de julio de 2018 solicitó el traslado de régimen ante Porvenir y Colpensiones respectivamente; y que mediante oficio 547 Porvenir le informó el reconocimiento de la pensión de vejez en cuantía de salario mínimo a partir del 6 de febrero de 2018².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento y edad de la demandante, las semanas de cotización al ISS, la fecha de traslado al RAIS y de la reclamación presentada ante la entidad, no constándole los demás supuestos fácticos. Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrido en error por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria. Formuló como excepciones de mérito las de: *inexistencia del derecho pensional, 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 al pago de costas y la innominada o genérica*³.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas contra ella y, frente a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de traslado de régimen pensional de la actora, las semanas cotizadas en el RAIS, el reconocimiento de la pensión de vejez y la reclamación presentada por la actora, aduciendo no ser ciertos o no constarle los demás supuestos fácticos. Al respecto, señaló que la afiliación de la demandante a Porvenir es un acto válido, en la medida en que suscribió solicitud de vinculación como traslado de régimen el 18 de mayo de 2000 de manera libre, espontánea y sin presiones, por otra parte, que si se considerara la configuración de algún vicio de nulidad, el mismo junto con cualquier eventual perjuicio fue saneado de manera tácita mediante lo actos realizados con

² Exp. Digital: « 01. Expediente digitalizado 2018-00657.pdf » págs. 2 a 11.

³ Exp. Digital: « 01. Expediente digitalizado 2018-00657.pdf » págs. 70 a 92.

posterioridad a la afiliación, mediante los cuales ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS y principalmente cuando aceptó la pensión de vejez que le fue reconocida en el mes de febrero de 2018 bajo la modalidad de retiro programado. Como excepciones de fondo formuló las de: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, saneamiento por ratificación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, buena fe, compensación y la innominada o genérica* ⁴.

Por otra parte, Porvenir presentó demanda de reconvención contra la señora Luz Marina Gil Cardozo, en la que solicitó que, en caso de accederse a las pretensiones principales de la demanda elevada por ella, se le condene a reintegrar las sumas de dinero que la administradora del régimen privado le ha cancelado entre julio de 2018 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, de manera indexada. Subsidiariamente, solicitó se autorice a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional a reconocer a la señora Gil Cardozo las sumas de dinero que ha venido recibiendo por concepto de mesadas pensionales, de manera indexada.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que la señora Luz Marina Gil Cardozo se afilió a Porvenir mediante solicitud de vinculación suscrita el 18 de mayo de 2000 como traslado de régimen y que el 7 de marzo de 2018 la afiliada radicó reclamación de pensión de vejez ante Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir, por lo que obtuvo por parte de la administradora el reconocimiento de la prestación pensional bajo la modalidad de retiro programado, a partir del mes de febrero de 2018; mesadas pensionales que ha venido cancelándose a la pensionada de manera oportuna y completa⁵.

Admitida la demanda de reconvención⁶, Luz Marina Gil Cardozo, por intermedio de su apoderado judicial, pese que aceptó los hechos presentados por Porvenir, se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, por considerarlas infundadas por cuanto se señaló que debe autorizarse a Colpensiones debitar del retroactivo demandado el valor del monto de las mesadas pagadas; en cuanto a la pretensión subsidiaria se allanó a la misma. No formuló excepción alguna⁷.

Mediante auto proferido el 19 de noviembre de 2020 el juzgado de primer grado declaró probada la excepción previa de falta de integración de litis consorcio necesario por pasiva formulada por Porvenir S.A., por lo que ordenó vincular a las presentes diligencia a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁸; entidad que una vez notificada, allegó escrito de contestación en el que solicitó desestimar las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que esa Cartera Ministerial está facultada para ejercer funciones asignadas expresamente por la ley y no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento y edad de la demandante, y adujo no constarle ni ser ciertos los demás supuestos fácticos⁹.

⁴ Exp. Digital: «01. Expediente digitalizado 2018-00657.pdf» págs. 123 a 136.

⁵ Exp. Digital: «02. Cuaderno demanda reconvención.pdf» págs. 2 y 3.

⁶ Exp. Digital «02. Cuaderno demanda reconvención.pdf» pág. 4 y 5.

⁷ Exp. Digital «02. Cuaderno demanda reconvención.pdf» pág. 6 a 8.

⁸ Exp. Digital «01. Audiencia 19.11.2020»

⁹ Exp. Digital «08. Contestación Ministerio de Hacienda y Crédito Público» y archivo 02

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de julio de 2022, resolvió absolver a Colpensiones, Porvenir y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones incoadas por la señora Luz Marina Gil Cardozo. Para arribar a tal conclusión, señaló que desde la demanda se relata que la AFP Porvenir comunicó el reconocimiento de la pensión de vejez en un salario mínimo a partir del 6 de febrero de 2018. Igualmente que se aportó el contrato de retiro programado y la solicitud de la pensión elevada por la actora, circunstancias que corresponden a una situación que impide retrotraer las cosas a su estado anterior conforme lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya que no es posible abordar la afectación de un derecho en su condición de afiliado dado su estatus jurídico de pensionado, y que en ese orden de ideas se estructuró el hecho consumado, por lo que no resulta viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional (min 38:01).

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora, a través de su apoderado judicial, interpuso recurso de apelación en el que expuso que en efecto con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL373 de 2021 se cambió el precedente en cuanto a la forma de observar el presente asunto, respecto de las personas que ya fueron pensionadas por las AFP, sentencia en la que se tiene en cuenta el estado de pensionado lo cual se abarca como una situación jurídica consolidada. Sin embargo, que debe tenerse en cuenta la sentencia SL1309 de 2021, en la que, en un caso análogo como el presente, se indica cuál es la situación jurídica consolidada y el estado de pensionado de una persona afiliada a la AFP, exponiendo en síntesis que debe ponerse de presente al asegurado la opción de escoger cuál es la modalidad pensional para que él acceda a su derecho pensional, situación que no se corrobora en el presente proceso, y que dicha libertad de escoger cuál es la mejor opción para pensionarse por parte del fondo privado es un requisito *sine qua non* para que se tenga la persona como pensionada. Agregó que conforme el fundamento normativo reseñado en la citada sentencia de la Corte, para adquirir el estatus de pensionado al que hace referencia el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, debe el afiliado o sus beneficiarios, según se al caso, seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión, es decir, que esta misma se materializa con la escogencia de determinada modalidad y por lo mismo no puede ser desligada. Advierte que en el plenario no se demostró que efectivamente a la demandante se le hubiese dado la opción de escoger bajo qué modalidad se fuese a pensionar, por tanto no se puede equiparar a la demandante con una persona que efectivamente se ha pensionado con pleno conocimiento de causa bajo el fondo privado (min 50:10).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación, determinar si procede la ineficacia del traslado realizado por Luz Marina Gil Cardozo del RPMPD al RAIS administrado actualmente por Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discute en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 20 de enero de 1961 (índice 01- subíndice 01 pág. 12), ii) se afilió al ISS el 19 de febrero de 1985 (págs. 12 a 20 *ibídem*) y iii) que el 18 de mayo de 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir (pág. 143 *ibíd.*).

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Empero al anterior escenario doctrinal, como traducción de una interpretación normativa, también ha considerado los efectos del reconocimiento pensional en el RAIS, ya que se evidencia que la actora presentó el 7 de marzo de 2018 solicitud de *Garantía Pensión Mínima* (págs. 151 a 154 índice 01- subíndice 01) y el 31 de julio de 2018 Porvenir S.A., expidió comunicación donde le informó a la actora que su *solicitud de pensión de vejez* había sido aprobada, siendo el valor de la mesada para el año 2018 de \$781.242, que corresponde a un salario mínimo mensual legal vigente, pagaderos a partir del 6 de febrero de 2018, data de cumplimiento de requisitos (págs. 163 a 165 *ibídem*), respecto a dicho reconocimiento pensional por vejez, se advierte que desde esa calenda la actora dejó de ostentar la calidad de afiliada, pues se consolidó el derecho pensional.

Frente a la condición de pensionada de la demandante, debe precisarse que la ineficacia del traslado opera para quienes, ostentando la calidad de afiliados, hayan suscrito el respectivo formulario de traslado, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y buen consejo que le corresponde.

Postura que se acompasa con lo considerado por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia CSJ SL373-2021, reiterada en las CSJ SL2176-2022 y CSJ SL1085-2023, donde se estableció que si bien, por regla general, cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible devolver las

cosas a su estado normal, lo cierto es que cuando se advierte la calidad de pensionado, no es razonable revertir o aplicar los efectos de la ineficacia del traslado, como quiera que se trata ya de una situación jurídica consolidada y un estatus jurídico, que además de revertirse conllevaría a disfuncionalidades que afectarían tanto a personas, a relaciones jurídicas, como al sistema en su conjunto. Al respecto, se enfatizó:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado [...], lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.” CSJ SL373-2021

De igual manera, la construcción doctrinal, sobre ineficacia del traslado, no puede considerarse en forma aislada, pues por la misma alta Corporación, que la ha decantado, también se ha expresado su excepción, como es la situación jurídica de reconocimiento pensional, que se comprende en esta sentencia, en términos de la construcción de categorías del Sistema de Seguridad Social y equivale al nacimiento de una situación jurídica que adquiere connotación propia frente al traslado sin consentimiento informado de un afiliado.

Finalmente, debe advertir la Sala que, contrario a lo manifestado por el apelante, la actora adquirió el estatus de pensionado en el momento en que la administradora de fondos Porvenir le notificó la decisión de reconocimiento pensional y las condiciones del mismo, tras resolver la solicitud presentada por la señora Gil Cardozo, máxime si se tiene en cuenta que el mismo 7 de marzo de 2018 – data de la solicitud pensional -, la demandante firmó el contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales, documentos anteriores donde se le indicó los pormenores de la elección de dicho retiro como el valor de la prestación, número de mesadas de las cuales disfrutaría y condiciones de esa modalidad de retiro (págs. 157 a 161 *ibíd.*).

En ese sentido, queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

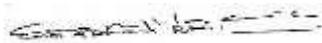
VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en donde es demandante la señora LUZ MARINA GIL CARDOZO y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



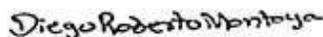
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 11e868c98180e377e47964d25136a542304e1affecb59044fc5735fc10fc808d

Documento generado en 31/07/2023 02:38:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-037-2019-00796-01

Demandante: CLAUDIA PATRICIA QUINTANA ARANGUREN
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.

Conforme documental allegada, se reconoce como apoderado de Porvenir S.A. al doctor DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ y como apoderada de Protección S.A. a la doctora MARÍA JOSÉ JARAMILLO VINASCO

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados Colpensiones y Protección, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá del 06 de septiembre de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Claudia Patricia Quintana Aranguren llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. y Administradora de Fondos de Pensiones y

¹ Pase despacho 24/10/2022

Cesantías – Protección S.A., para que se declare que se configuró un vicio en el consentimiento por error de hecho, como consecuencia de ello, se declare nula o, subsidiariamente, ineficaz la afiliación del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Protección S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al RPMPD.

De igual manera, solicitó se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo e intereses moratorios, y las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Fundamentó sus pretensiones al indicar en síntesis que, nació el 12 de septiembre de 1962 y empezó a cotizar al sistema de pensiones en el ISS hoy Colpensiones a partir del 23 de mayo de 1984. Que el 3 de mayo de 1994 la AFP Porvenir la persuadió para afiliarse al RAIS, fecha para la cual ya tenía cotizadas más de 512 semanas y 32 años de edad; posteriormente, que suscribió formulario de afiliación a Colfondos y el 24 de mayo de 2022 otro formulario a la AFP Santander hoy Protección. Sostuvo que las afiliaciones no fueron libres, voluntarias, conscientes, que las administradoras de fondos de pensiones del RAIS no le informaron las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, sobre la posibilidad que tenía de devolverse al RPMPD, sobre los riesgos en los cuales se sometería en el RAIS, tales como que el monto de la pensión depende de los rendimientos financieros y las características del mercado bursátil, las características y naturaleza propia del régimen, que no le brindaron información sobre las desventajas de afiliarse al RAIS y demás características propias de los dos regímenes pensionales, en especial, sobre las ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Agregó que en el RAIS nunca recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional; que el 12 de septiembre de 2019 cumplió los 57 años de edad, fecha para la cual acredita más 1746 semanas válidamente cotizadas y que de una asesoría particular recibida advirtió que la decisión de trasladó le perjudicó de manera grave y lo dejó en desigualdad de condiciones respecto a las personas que se mantuvieron en Colpensiones, pues estas se pensionan con una mesada superior a la otorgada por el RAIS. Que el 2 de octubre de 2019 solicitó ante Colpensiones la activación de la afiliación al RPMPD, manifestando que había existido vicio en su consentimiento al momento de afiliarse al RAIS. (Exp. Digital: « 01EscritoDemanda.pdf» págs. 2 a 50).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, edad, fecha de afiliación al otrora ISS, el número de semanas cotizadas en esa administradora y fecha de reclamación elevada por ella, no aceptó e indicó no constarle los demás. Sostuvo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo cual no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado de régimen efectuado por la actora, para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el RPMPD².

A su turno, Colfondos se opuso frente a la pretensión de condena ultra y extra petita, respecto de las demás señaló no allanarse ni oponerse, frente a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la actora y la suscripción del formulario de afiliación ante esa administradora, frente a los demás supuestos fácticos indicó no constarles o no aceptarlos. Destacó que para la fecha del traslado de la demandante la asesoría a los afiliados se realizaba de manera presencial y verbal en las cuales se les indicaba las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas, en razón de que ambos regímenes pensionales ofrecen ventajas, beneficios, bondades y desventajas a sus afiliados; que los asesores de Colfondos están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de los regímenes y entregar información objetiva a la demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPMPD, en consecuencia, que no es cierto que hayan omitido información a la demandante antes de que firmara su afiliación. No formuló excepciones de mérito³.

Por su parte, Porvenir en escrito de contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones del libelo demandatorio, en cuanto a los hechos aceptó los relativos a la fecha de nacimiento y edad de la actora, indicó no aceptar ni constarle los demás. Aseguró que la administradora informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado, en ese sentido, que dicha afiliación, así como las afiliaciones subsiguientes gozan de completa validez y no es procedente declarar un vicio en el consentimiento⁴.

Protección se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda; frente a los supuestos fácticos adujo ser ciertos los relacionados a la fecha de nacimiento de la querellante, su edad y las semanas de cotización ante esa administradora, frente a los demás señaló no ser ciertos y no constarles. Sostuvo que la afiliación del RAIS de la actora se realizó conforme a los lineamientos legales y estuvo precedida de la asesoría debida, correcta y suficiente para tomar una decisión plenamente informada, libre, voluntaria y sin vicios del consentimiento, que no le asiste a la demandante causa para pedir las solicitudes

² Exp. Digital: «06Contestacion.pdf»

³ Exp. Digital: «13Contestacion.pdf»

⁴ Exp. Digital: «15Contestacion.pdf»

objeto del presente proceso y, en consecuencia, tampoco surge para esa administradora obligación alguna de las pretendidas en la demanda⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, el 6/09/2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora CLAUDIA PATRICIA QUINTANA ARANGURÉN del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el día 3 de mayo de 1994. En consecuencia, se declara válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los costos cobrados por administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a que realicen la devolución de todos los valores por concepto de gastos de administración que hubieran realizado durante los periodos de vinculación de la demandante señora CLAUDIA PATRICIA QUINTANA ARANGUREN, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a reconocer y pagar a favor de la demandante señora CLAUDIA PATRICIA QUINTANA ARANGUREN la pensión de vejez bajo la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 2003, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 2 de octubre de 2019; con una mesada pensional inicial en la suma de \$2.398.014; junto con el retroactivo pensional causado entre el 2 de octubre de 2019 al 31 de agosto de 2022, sin perjuicio de las que se llegaren a causar, cifra que se determina en la cifra \$96.129.557 calculados sobre 13 mesadas anuales; respecto de la cual se autoriza a COLPENSIONES para que realice los descuentos que correspondan con destino al sistema general de seguridad social en salud. El reconocimiento de dicho retroactivo pensional deberá ser reconocido de manera indexada desde la causación de cada mesada pensional, hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.

⁵ Exp. Digital: «21Contestacion.pdf

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., para tal efecto se fijan como agencias en derecho la cifra equivalente a un (1) SMMLV. No se imponen costas respecto a las demás entidades demandadas.

SÉPTIMO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión”.

Para arribar a tal conclusión, el juzgador de primer grado tras efectuar un análisis probatorio y jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, consideró que no se encontró acreditado el cumplimiento del requisito del deber de información, para existencia del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, consideró que la solicitud se encuentra fundamentada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, norma que establece como requisito de causación el cumplimiento de 57 años de edad y el cumplimiento mínimo de 1300 semanas cotizadas, ambos requisitos que cumple la demandante puesto que cumplió con los 57 años el 12 de septiembre de 2019, así como las semanas superando las exigidas.

Frente al momento de reconocimiento de las mesadas pensionales, estableció que este debe ser fijado a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; al efecto, que del reporte de semanas cotizadas, expedido por Protección, no se evidencia novedad de retiro, sin embargo que debe valorarse si a través de otros medios probatorios probó su intención de desafiliarse del sistema, finalidad que tuvo cumplida con la reclamación administrativa presentada por la actora en la que el 2 de octubre de 2019 solicitó el reconocimiento pensional, así como la demanda judicial presentada el 6 de noviembre de 2019, hechos positivos a través de los cuales puso de presente a Colpensiones la intención de obtener el reconocimiento prestacional así como también la nulidad del traslado entre regímenes. En consecuencia, sostuvo que el valor de la mesada pensional debe calcularse conforme a las reglas contempladas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con el artículo 34 *ibídem*, y que una vez revisada su historia laboral, determinó que resulta más favorable el IBL calculado sobre los últimos 10 años laborados, pues realizadas las operaciones aritméticas se determina un IBL de \$3.109.352 a la cual le aplicó una tasa de reemplazo de 77,2%, arrojando una mesada inicial de \$2.398.014 a partir del 2 de octubre de 2019, teniendo derecho a 13 mesadas anuales en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005; por lo anterior, estableció que el retroactivo pensional obedecía a \$96.129.557, calculado desde el 2 de octubre de 2019 hasta el 31 de agosto de 2022, sin perjuicio de las

que se cause con posterioridad, autorizando el descuento de los valores que correspondan con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud. Asimismo, consideró que no procedía la condena por concepto de intereses moratorios por cuanto no se le puede endilgar omisión alguna a Colpensiones, por lo que ordenó el pago de la indexación frente al retroactivo pensional reconocido (min. 15:57).

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que precisó que las características, condiciones y modalidades de ambos regímenes pensionales se encuentran consignados en la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional se pone en conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación en los términos del artículo 11 del CC, por lo tanto, que no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces para atribuir a las AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley, máxime cuando la demandante de manera voluntaria suscribió el formulario de afiliación al RAIS así como los posteriores formularios suscritos para los diferentes traslados horizontales para las demás AFP codemandada. Por otro lado, señaló que es cierto el deber de información recae en cabeza de las AFP, sin embargo que el mismo se encuentra regulado con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, deber que se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009 en donde el deber de información se convierte en una asesoría y buen consejo, por lo que no es dable requerir las mismas formalidades sobre la asesoría previa al traslado desde el momento de la creación del RAIS, ni darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia han dado con el transcurso del tiempo.

De igual forma, que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento pues prima la buena fe desde el momento en que la demandante se afilia al RAIS, toda vez que para el momento de la afiliación era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales cotizaría la demandante los próximos años y calcular una mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su historia laboral hasta esa fecha. Además, que quedó demostrado en diferentes afiliaciones realizadas por la demandante al RAIS, que se le puso de presente características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad lo que denota que sí hubo una asesoría por parte de las AFP, por lo que no sería procedente declarar la ineficacia del traslado. Seguidamente que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera que impacta la reserva al sistema pensional, siendo evidente que el eventual traslado del régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación de aportes de los regímenes pensionales, la falta de contribución de la actora al fondo común y la carga que generaría a los demás afiliados soportar un eventual reconocimiento pensional.

Respecto a la pensión de vejez reconocida a partir del 2/10/2029, fecha en la que la demandante radicó una reclamación administrativa a Colpensiones solicitando el traslado y el reconocimiento pensional, sostuvo que es una condena desproporcional en razón a que para ese momento la actora se encontraba válidamente afiliada al RAIS por lo que no sería procedente condenarla por concepto de retroactivo pensional, pues esa prestación debe reconocerse a partir de la desvinculación de la actora al sistema general de pensiones y hasta que se acredite efectivamente el retorno de los emolumentos cotizados al RAIS, de lo contrario se estaría afectando contra el principio de sostenibilidad financiera de la Colpensiones; de manera subsidiaria, solicitó se confirme la absolución de costas (min 44:19).

Por su parte, Protección interpuso recurso de apelación en el que señaló que el presente caso no puede ser valorado como plena ineficacia puesto que es indispensable valorar las características específicas tales como la vinculación, y que en ese sentido Protección brindó una asesoría completa y comprensible a la accionante ante en el momento de realizar su afiliación en el 2002, asesoría que se realizó conforme a la normatividad de la época y conforme a las características existentes para ese momento; que se le informó de forma verbal la manera en como se obtendría el valor de la mesada pensional y los beneficios en cada uno de los regímenes, aceptando la actora los términos, efectos y vinculaciones que el asesor de Protección le dio al momento de trasladarse y afiliarse. Resaltó que para la época de vinculación a esa administradora, la entidad cumplió con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la cual contemplaba como requisito principal el consentimiento en el formulario de vinculación, hecho que se prueba con la asesoría pertinente que recibió la accionante para tomar la decisión exenta de cualquier tipo de vicio de consentimiento, por lo que no existe causal alguna que genere la ineficacia del acto jurídico. Señaló que la suscripción del formulario demuestra la aceptación del traslado de régimen, esto debido a que la firma en el formulario era suficiente por sí misma para dar validez a la decisión, además, que el objeto y causas son lícitas toda vez que la ley permite el cambio de régimen y determina sus efectos específicamente en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, advirtiendo que para el año 2002 no existe la obligación de realizar reasesorías pensionales pues eso solo surgió con la expedición de la circular 016 de 2016 de la Superfinanciera y por ese motivo a la actora no se le realizó la referida reasesoría. Sin embargo, que Protección siempre dispuso de diversos canales para brindarle el mayor acompañamiento, sin que ella haya hecho uso del mismo, por lo que no es de recibo que transcurrido más de 20 años desde su afiliación a Protección aduzca el sufrimiento de un perjuicio; adicionalmente, que no puede equipararse o compararse los montos pensionales entre los dos regímenes y solicitó no condenarla a ningún tipo de perjuicios ni devolución de gastos de administración toda vez que no es el procesi idóneo para realizarlo (min 50:20).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Claudia Patricia Quintana Aranguren del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Protección S.A. De igual manera, se verificará si la actora es beneficiaria de la pensión de vejez en los términos señalados por el *a quo*.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 12 de septiembre de 1962 (índice 01 pág. 54); ii) se afilió al ISS desde el 23 de mayo de 1984 (índice 06 págs. 26 a 30); iii) que el 3 de mayo de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir (pág. 52 índice 15); iv) posteriormente hizo un traslado horizontal el 18 de agosto de 1999 de Porvenir a Colpatria (pág. 53 índice 15); v) luego efectuó otro traslado entre administradoras del RAIS de Colpatria a Colfondos el 25 de abril de 2000 (índice 13 pág. 13) y vi) el 24 de mayo de 2002 se trasladó de Colfondos a Pensiones y Cesantías Santander, hoy Protección (índice 21 pág. 27).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia de traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la

existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, cada AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

“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.”

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Protección S.A., que retorne a Colpensiones, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

De igual manera, por efecto de no exclusión de conceptos a ser retornados, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia de primer grado para ordenar a y Porvenir S.A. y Colfondos que retornen a Colpensiones los rendimientos que a nombre de la actora existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas .

Determinado lo anterior, procede la Sala a estudiar la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiendo que la señora Claudia Patricia Quintana Aranguren no es beneficiaria del régimen de transición, como quiera que para el 1° de abril de 1994 contaba con 31 años de edad y 503,42, es decir, no cumplió con ninguno de los dos requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – 35 años de edad o 15 años de servicios- para ser beneficiaria del mismo.

No obstante, la actora tiene derecho al reconocimiento de la prestación en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, según el cual, para acceder al derecho pensional se requiere haber cotizado 1300 semanas y contar con 57 años de edad, presupuestos que se encuentran acreditados, dado que la actora arribó a dicha edad el 12 de septiembre de 2019, momento para el cual también contaba con más de 1300 semanas, pues hasta cotizó un total de 1786 semanas (índice. 21 pág. 43 y sig. Informe del 14/05/2021, pero supera 1300 semanas al 12/09/2019)

Ahora, la Sala advierte que a pesar de que la actora consolidó el derecho a la pensión de vejez el 12 de septiembre de 2019, por contar para esa data con 57 años y más de 1300 semanas de cotización, lo cierto es que sólo podía entrar a disfrutar de la prestación desde que se acredita el retiro o desafiliación del sistema y no desde el momento en que la causó. En ese sentido, conforme la historia laboral que allegó Protección S.A. generada el 14 de mayo de 2021 (índice 21 págs. 43 a 92), se avizora que la última cotización se registró el 31 de marzo de 2020, por tanto, es dable considerar que la finalización de aquella relación laboral que origina la obligación de cotización y posterga la exigibilidad del disfrute pensional no ocurrió en fecha anterior.

Entonces, el ingreso base de liquidación debe liquidarse conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado la afiliada durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior, toda vez que tiene más de 1250 semanas cotizadas.

Realizados los cálculos matemáticos, se tiene que el IBL calculado con toda la vida laboral asciende a la suma de \$2.404.434, mientras que el de los últimos diez años asciende a la suma de \$3.261.97, cifra que, por ser más favorable, al aplicarle la

tase de reemplazo de 77.14%, conforme lo prevé el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que corresponde a las 1786 semanas cotizadas, se obtendría una mesada pensional equivalente a \$2.516.352 a partir del 1 de abril de 2020.

No obstante, como quiera que la parte demandante no indicó reparo alguno frente al valor inicial de la mesada pensional y que el presente análisis procede en Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se mantendrá el valor de la mesada pensional calculado por el juez de primer grado que actualizado para el año 2020 corresponde a \$2.489.139 a partir del 1° de abril de 2020.

Así las cosas, a la señora Claudia Patricia Quintana Aranguren le corresponde un retroactivo pensional de 113.651.666-, calculado desde el 1° de abril de 2020 hasta el 31 de julio de 2023, advirtiendo que se liquidan trece mesadas anuales porque la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, atendiendo lo previsto en el acto Legislativo 01 de 2005, conforme se describe a continuación:

Tabla Retroactivo PENSIONAL					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/04/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.489.139,00	10,00	\$ 24.891.390,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.529.214,00	13,00	\$ 32.879.782,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.671.356,00	13,00	\$ 34.727.628,0
01/01/23	31/07/23	13,12%	\$ 3.021.838,00	7,00	\$ 21.152.866,0
Total retroactivo					\$ 113.651.666,00

En los anteriores términos se modificará el ordinal cuarto de la sentencia consultada.

Por otra parte, conforme se concluyó en primera instancia los intereses moratorios no proceden en el presente caso, toda vez que no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta sentencia, en virtud del criterio jurisprudencial frente a la ineficacia de traslado. En consecuencia, sí procede la indexación de cada una de las mesadas que integran el retroactivo causado a favor de la demandante, desde la exigibilidad individual de cada mesada hasta la fecha de su pago, dado el carácter de la pérdida adquisitiva del dinero.

Igualmente, en atención a lo dispuesto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3 del Decreto 692 de 1994, la demandada debe realizar las deducciones para cotización en salud respecto del retroactivo pensional, con destino a la EPS a la que esté afiliada la actora.

En cuanto a la excepción de prescripción, debe precisarse que los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino

porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. En igual sentido, tampoco operó el fenómeno jurídico frente al derecho pensional y retroactivo reconocido, toda vez que el pago de la prestación es exigible a partir de la fecha de retiro del régimen general de pensiones, hecho que acaeció el 31 de marzo de 2020, por última cotización según historia laboral allegada emitida en el año 2021 (índice 1 pág. 190), por lo cual no se extinguió ninguna mesada.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá del 6 de septiembre de 2022, en donde es demandante CLAUDIA PATRICIA QUINTANA ARANGUREN y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., para ordenar a Protección S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR al ordinal tercero de la sentencia de primer grado, para ordenar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que retornen a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primera instancia, los rendimientos que a nombre de la actora existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras.

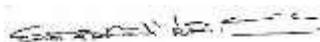
TERCERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, para condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor de la demandante señora CLAUDIA PATRICIA QUINTANA ARANGUREN la pensión de vejez bajo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de abril de 2020; con una mesada pensional inicial en la suma de \$2.489.139; junto con el retroactivo pensional causado entre el 1° de abril de 2020 al 31 de julio de 2023, sin perjuicio de las que posteriormente se llegaren a causar, cifra que se determina en \$113.651.666 calculados sobre 13 mesadas anuales; respecto de la cual se autoriza a COLPENSIONES para que realice los descuentos que correspondan con destino al sistema general de seguridad social en salud. El reconocimiento de dicho retroactivo pensional deberá ser reconocido de manera indexada desde la causación de cada mesada pensional, hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9c84dab2701ad5d7babe3d0c62a9a20d01e0d6d6a66d02785f5f799df703bd76**

Documento generado en 31/07/2023 02:38:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de julio de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-038-2019-00747-01

Demandantes: ROGELIO ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ

Demandada: ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. –
ESIMED S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderada en sustitución de la parte demandante a la doctora Ligia Astrid Bautista Velásquez (T.P. 146721-D1).

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá del 21 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Rogelio Antonio García Jiménez llamó a juicio a Estudios e Inversiones Médicas S.A. –ESIMED S.A. y solidariamente a las personas naturales Nicolás Rafael Canal Rostrom, Paola Andrea Bohórquez Cubides, Adriana Meza Yepes, Carlos Eduardo Rodríguez Benavides, Miller Augusto Vargas Zamora, Luis Alejandro Acuña García, Ramón Quintero Lozano, Olga Victoria Ruiz Mancera, Uriel Cruz y Henry Enciso Saldaña, para que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y ESIMED S.A., vigente entre el 9 de febrero hasta el 25 de septiembre de 2018, para lo cual el actor laboró como médico pediatra en la Clínica Veraguas devengando un salario de \$4.324.750, y que el vínculo laboral finalizó de manera unilateral por parte del empleador. En consecuencia, solicitó se condene a ESIMED S.A. por los salarios dejados de cancelar, las prestaciones sociales y vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral e

¹ Pase despacho 6/05/2022

indemnizaciones por despido sin justa causa, por la no consignación de las cesantías y la moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, junto con lo que se encuentre probado ultra y extra petita y las costas del proceso. Solicitó de igual manera se declaren responsables solidarios a las personas naturales demandada de las condenas impuestas en la sentencia. Subsidiariamente, que se condene a las demandadas al pago de la indexación por los salarios dejados de percibir.

Fundamentó sus pretensiones, en que laboró como médico pediatra para Estudios e Inversiones Médicas S.A. – ESIMED S.A., por el periodo comprendido entre el 9 de febrero y el 25 de septiembre de 2018, cumpliendo sus funciones en las instalaciones de la Clínica Veraguas, propiedad de la demandada, en las salas de parto y UCI neonatal. Que la vinculación fue a través de contrato de prestación de servicios profesionales asistenciales de carácter sucesivo, habitual y sin ninguna interrupción, para lo cual debía prestar sus servicios profesionales en la especialidad contratada y cumplir con lo impuesto en el contrato pactado entre las partes. Precisó que la entidad demandada le pagaba como retribución económica por sus servicios de forma mensual dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la factura y/o cuenta de cobro y que ejecutó sus labores de lunes a viernes cumpliendo turnos de 12 horas, de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. o de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., y que los fines de semana cumplía turnos de 24 horas. Que en varias ocasiones, durante el periodo laborado por el demandante se ocasionaron problemas en el pago salarial por concepto de impuntualidad del pago y, en algunos casos, la entidad demandada pagaba pequeños porcentajes del salario total correspondiente al mes trabajado; que pese lo anterior, el actor siguió cumpliendo con sus responsabilidades de forma puntual, sin embargo, que, por los incumplimientos de pago de más de 4 meses de salario, el 25 de septiembre de 2018 presentó renuncia, fecha para la cual la entidad le adeudaba \$19.079.350.

Añadió que, durante la realización de sus actividades como médico pediatra, tuvo como jefa inmediata a la doctora Clemencia Gutiérrez, persona encargada en impartirle las órdenes al actor; que su empleador le exigía afiliarse como trabajador independiente y efectuar los pagos correspondientes al sistema general de seguridad social integral, que los contratos de prestación de servicios eran diseñados con formatos previamente elaborados los cuales no admitían modificación alguna y que el demandante para el cumplimiento de estos siempre utilizó las herramientas dadas por la entidad para desarrollar su actividad. Por último, señaló que ESIMED para la fecha de finalización del contrato no le reconoció suma alguna por prestaciones sociales, razón por la cual presentó reclamación².

Ante la solicitud efectuada por el apoderado de la parte actora³, el juzgado de primer grado mediante auto del 17 de noviembre de 2021 aceptó el desistimiento de las pretensiones elevadas respecto de los demandados

² Exp. digital: «01DemandaOrdinaria.pdf»

³ Exp. digital: «06-SolicitudDesistimiento20201218- DESISTIMIENTO ROGELIO ANTONIO GARCIA JIMENEZ (1)»

Nicolás Rafael Canal Rostrom, Paola Andrea Bohórquez Cubides, Adriana Meza Yepes, Carlos Eduardo Rodríguez Benavides, Miller Augusto Vargas Zamora, Luis Alejandro Acuña García, Ramón Quintero Lozano, Olga Victoria Ruiz Mancera, Uriel Cruz y Henry Enciso Saldaña; misma providencia en la que tuvo por no contestada la demanda por parte de Estudios e Inversiones Médicas S.A.- ESIMED S.A.⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de abril de 2022, resolvió absolver a Estudios e Inversiones Médicas- ESIMED S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, tanto principales como subsidiarias por el demandante Rogelio Antonio García Jiménez, sin costas en la instancia.

Para arribar a la anterior decisión, el *a quo* advirtió que, de las pruebas allegadas al plenario, en principio se puede concluir que el demandante fue vinculado por Esimed a través de un contrato de prestación de servicios y que, conforme se aceptó en el interrogatorio de parte, el actor lo suscribió teniendo claridad sobre los términos en los que se estaba vinculando a la empresa demandada, reconociendo que se trataba de un contrato de prestación de servicios y que el mismo tenía unas diferencias y efectos propios, tan es así que el actor señaló que trabajaba unos turnos al servicio de la demandada pero que simultáneamente desarrollaba actividades subordinadas como empleado público en una entidad de carácter estatal, por lo que encontró claro que el señor García Jiménez tenía claridad respecto de las diferencias de su vinculación y de los efectos del documento que suscribió. En esos términos, encontró el juez de primera instancia que se encuentra desvirtuada la presunción de ciertos hechos expuestos en la demanda pues el accionante tenía la convicción de estarse obligando en el marco de un contrato de prestación de servicios, generador de honorarios profesionales.

Precisó que tanto el demandante como los testigos fueron coincidentes en señalar que en caso de eventuales ausencias, la demandada debía garantizar la prestación del servicio a través de un profesional distinto al contratado para el cumplimiento del turno correspondiente, razón por la que se contrataron los servicios del demandante, situación que desnaturalizó la actividad eminentemente personal, propia de los contratos de trabajo, pues aunque se afirmó que el actor concurre a todos los turnos que le fueron programados, lo cierto es que al no hacerse presente a uno de ellos, se acudía a otros procedimientos al interior de la empresa por virtud de los cuales bastaba con que se informara lo pertinente para que mediara un reemplazo con profesionales quienes válidamente podrían hacer los remplazos respectivos, lo que implica que dentro de ese escenario no habría traumatismo en la prestación del servicio. Adicionalmente, recalcó que el demandante señaló que existía la

⁴ Exp. digital: «13AceptaDesistimientoNoContestadaCitaAudiencia»

posibilidad de coordinar con otros compañeros la posibilidad de realizar reemplazos, lo que implica que no necesariamente era a instancia de la administración de la entidad de la demandada que se determinara quien era el reemplazo correspondiente, lo que denota que efectivamente no se está en presencia de una actividad eminentemente personal.

Añadió que el actor realizaba sus actividades con autonomía técnica, directiva y administrativa, asumiendo por su cuenta y riesgo toda la responsabilidad de la operación para la cual se le contrató; que el demandante, como médico especializado, operaba con autonomía técnica en el diagnóstico así como en el ejercicio de su profesión y en la atención a los pacientes, pues el hecho de cumplir unos turnos en determinados horarios no denota la subordinación propia de los contratos de trabajo, toda vez que al tratarse de una institución que presta servicios de salud evidentemente la atención a los pacientes debe cumplirse en determinados horarios cuyo cumplimiento no denota subordinación jurídica sino precisamente la violación de las obligaciones que bien puede adquirir un contratista independiente en el marco de un contrato de prestación de servicios que es lo que se evidenció en el presente trámite. En consecuencia, concluyó que quedó plenamente demostrado que el actor cumplió obligaciones propias de un convenio distinto al de carácter laboral (min 1:35:10).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que solicitó se revoque en su integridad la decisión adoptada en primera instancia por considerar que el demandante probó de manera contundente y cabal los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, y que ello tiene que ver inicialmente con la prestación personal del servicio, resaltando que el objeto social de la entidad demandada fue la de prestación de servicios en salud, es decir que el demandante como médico pediatra desempeñó las funciones inherentes a la entidad prestadora de salud IPS Esimed. Agregó que por esa prestación personal del servicio el actor recibió una retribución económica y, en relación al elemento de subordinación, estimó que el mismo se encuentra plenamente acreditado con lo manifestado por los testigos, además que se demostró que la coordinadora del demandante también estaba vinculada por medio de contratos de prestación de servicios, que el actor debía cumplir un horario de trabajo mediante turnos previamente establecidos por la demandada.

Señaló que es una realidad que en Colombia los médicos tienen que estar vinculados por medio de un contrato de trabajo, máxime cuando venimos de una pandemia y que ese gremio ha solicitado reiteradamente que su vinculación sea de carácter laboral, conforme lo señalado por la OIT, por lo que no se puede concluir que a pesar que el demandante desarrollaba otra labor como médico, se aplique una excepción a la norma, pues se desconoce lo

señalado por la Ley 269 de 1996 por el cual se reguló parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política en relación con quienes prestan servicios de salud, es decir, que esa ley dio la posibilidad al personal que ejerce estas actividades de prestar servicios en una entidad de carácter pública o privada que no excedan las 66 horas semanales.

Por otra parte, resaltó el comportamiento procesal de Esimed en la medida que se notificó del auto admisorio de la demanda sin que presentara escrito de contestación, como tampoco concurrió a las audiencias programadas por el despacho de primer grado. Expresó no estar de acuerdo con la sentencia apelada en tanto que los elementos consagrados para que el contrato de trabajo surja a la vida jurídica se encuentra configurados en el plenario pues los mismos se extraen del texto del contrato de prestación de servicios disfrazado suscrito entre las partes, de donde se advierte que existe una delgada línea entre lo que se entiende por coordinación y subordinación, última de estas que se dio en la relación del actor con la demandada, toda vez que, entre otros, debía mantener actualizados los informes estadísticos definidos por el contratante, se debía abstener de ceder y subcontratar la prestación del servicio sin la previa, expresa y escrita autorización del supervisor del contrato; por lo que era claro que el jefe del demandante era el denominado supervisor, además que el actor no podría llegar cuando quisiera ni llevaba de su propio pecunio los elementos de trabajo. Además de las obligaciones impuestas en el contrato de prestación de servicios, que corresponden a la subordinación. De igual manera, recalcó que no hubo pronunciamiento alguno frente a los salarios generados y dejados de percibir por el actor, adicionando que de los testimonios e interrogatorio no existió contrato de prestación de servicios (min 2:02:45).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, para lo cual se analizarán las pruebas en conjunto y se determinará si efectivamente se cumplen los elementos del mismo.

V. CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de

serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «*toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL1664-2021, SL1639-2022⁵ entre otras).

Al respecto, los interrogatorios de parte y pruebas testimoniales recepcionadas en primera instancia, refieren:

En interrogatorio de parte rendido por Rogelio Antonio García Jiménez narró que inició labores con Estudios e Inversiones Medicas S.A. desde febrero de 2018, previa suscripción de un contrato de prestación de servicios, para lo cual la demandada le explicó las condiciones en que iba a ser vinculado y la modalidad contractual; que para ese momento él tenía conocimiento que una de las características de esa contratación era que no se le obligaba disposición de tiempo en el sitio de trabajo. Explicó que las horas que realizaba a favor de Esimed correspondían a una secuencia nocturna cada sexta noche, que cuando esa secuencia correspondía a sábado o domingo, el turno era de 24 horas, por ejemplo, si tenía turno un domingo, el horario iniciaba a las 7:00 a.m. y finalizaba hasta el lunes a las 7:00 a.m., pero que si debía cumplir horario de lunes a viernes, el turno arrancaba a las 7:00 p.m. y finalizaba a las 7:00 a.m. del día siguiente, aclarando que prestaba su servicio un turno a la semana. Agregó que para el periodo en que estuvo vinculado con la demandada, tenía una vinculación laboral como empleado público en la Secretaría de Salud de Bogotá.

Explicó que para el pago de sus honorarios pasaba una cuenta de cobro mensual de acuerdo con el número de horas cumplidas y que para el cumplimiento de los turnos establecidos hacia uso de la dotación e instrumentos de propiedad de la clínica Veraguas. En igual sentido, que él era el encargado, como médico pediatra, de atender los recién nacidos y asistir los partos de alto riesgo o los que llegaban a urgencias; que para el diagnóstico de

⁵ “Ese pilar se ha desarrollado en tanto no es atendible que la entrega libre y voluntaria, de energía física o intelectual que hace una persona a otra, bajo continuada subordinación, pueda negársele tal carácter, y por ello es que se ha entendido en amparo del propio artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que asigna un paliativo probatorio al trabajador, a quien le basta demostrar la ejecución personal para que opere en su favor la existencia del vínculo laboral, mientras que el empleador deberá desvirtuar el hecho presumido a partir de elementos de convicción que avalen que el servicio se ejecutó bajo una relación jurídica autónoma e independiente (CSJ SL1664-2021).”

los pacientes tenían un sistema que manejaba el mismo médico. Detalló que en los eventos en que alguno de los compañeros no podía asistir a algún turno, entre ellos trataban de solventar para cubrirlo pues no se puede dejar un servicio sin asistencia y en última instancia se le comunicaba a la coordinación la imposibilidad para realizar un turno. Mencionó que nunca recibió algún tipo de instrucción o direccionamiento que no estuviera relacionado con la actividad de médico pediatra y que para efectos del diagnóstico de los pacientes tampoco recibía algún tipo de direccionamiento por parte de alguna persona, pues cuando él tenía turno asignado llegaba a la Clínica, presentaba el carnet de identificación, recibía turno, atendía a los pacientes y al día siguiente lo entregaba a otra persona. Concluyó informando que dejó de prestar sus servicios ante el continuo incumplimiento del pago de honorarios por parte de la demandada, por lo que dejó de asistir a los turnos sin remitir ninguna comunicación a Esimed como tampoco esa entidad lo requirió para que retornara a desarrollar sus actividades (min. 04:04⁶).

El testigo Enrique Ramiro Pertuz Bolaño afirmó haber conocido al demandante toda vez que ambos fueron contratados por Esimed para prestar sus servicios como pediatras neonatólogos. Adujo que la contratación de ellos fue a través de contrato de prestación de servicios y que las actividades desarrolladas por el actor consistían en la adaptación del recién nacido, asistir a sala de partos o cirugía y atender de manera general a los recién nacidos; para lo cual él hacía una secuencia de turnos nocturnos cada sexta noche y que en 2 o 3 oportunidades lo vio hacer turnos en horas de la tarde. Señaló que tenía conocimiento que la doctora Clemencia Gutiérrez le daba instrucciones y órdenes, por cuanto el actor en algunas ocasiones se lo comentó, sin embargo, que directamente no presencié dicha situación (min. 24:45).

A su turno, Clemencia Gutiérrez Sánchez indicó al despacho de primer grado que conoce al demandante desde hace 21 años por cuanto fueron compañeros en la práctica que realizaron para adquirir el título de médicos pediatras y que tiene conocimiento que el señor García Jiménez entró a trabajar en la clínica Veraguas por cuanto la declarante también tuvo vinculación con esa clínica aproximadamente el año 2016 a 2018. Señaló que a ellos los contrataban para prestar servicio como médicos pediatras en la unidad de cuidado intensivo y en la sala de partos para la atención de los recién nacidos, para lo cual el doctor Rogelio hacía una secuencia de turnos de 12 horas cada sexta noche y unas tardes, vinculación que se realizó a través de contratos de prestación de servicios. Afirmó la declarante que ella tenía funciones de coordinación, fijación de turnos, por lo que tenía conocimiento que, aunque el demandante no faltó, los médicos que prestaban servicios para la clínica Veraguas tenían un chat donde se informaba si alguno de ellos no podía asistir al turno asignado, para lo cual, por ese mismo medio, cualquier médico se ofrecía para cubrirlo, que cuando sucedía esa clase de eventos siempre hubo alguien que cubría los turnos. Mencionó que al demandante no se le asignó funciones que no estuvieran enlistadas en su contrato de prestación de servicios. Relató que se

⁶ 21AudienciaArt80Rad2019747Ct

empezaron a demorar los pagos, al punto que fueron 4 o 5 meses que se quedaron adeudando. Que en las unidades, se siguen las guías, pero que al final no habían suficientes insumos por la Clínica, dejando en remisión a los pacientes (min. 46:20).

La señora Nubia Esperanza Peña Piñera presentó declaración en la que informó en síntesis que conoció al demandante en la clínica Veraguas, toda vez que ambos tuvieron contrato de prestación de servicios celebrado con Esimed, donde el actor fue vinculado como médico especialista en pediatría, prestando sus servicios en la unidad de recién nacido. Adujo que el señor Rogelio García cumplía un horario de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. los fines de semana y entre semana turnos nocturnos de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., según el cuadro de turnos asignado, labor que cumplió más o menos por unos 9 meses, lapso respecto del cual el actor realizaba la atención integral médica y especializada al recién nacido de alto riesgo, sin que se le asignara actividad diferente a la contratada. Aseguró que el demandante nunca faltó a los turnos asignados, sin embargo, explicó que cuando alguno de los médicos no podía asistir a su turno, el médico asignado al turno siguiente programado era la persona que suplía esa ausencia, refirió que la Clínica se cerró de un momento a otro, que los insumos médicos eran brindados por la Esimed (min. 1:08:11).

Así las cosas, de la valoración de las pruebas analizadas en conjunto, las que obran dentro del plenario, no se logra advertir que entre las partes se haya configurado un verdadero contrato de trabajo regulado por las normas del Código Sustantivo. Si bien entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios, el cual tuvo como extremo inicial el 9 de febrero de 2018 como se avizora al índice 01 págs. 95 a 97, en el que se dispuso que el actor prestaría sus servicios profesionales asistenciales como médico pediatra en las clínicas y sedes de atención que indicara el contratante para la prestación de servicios de salud contenido o no en el POS. Por su parte en la cláusula séptima se pactó que *“EL CONTRATISTA prestará sus servicios profesionales en la especialidad MEDICO PEDIATRA con la debida diligencia que acostumbra en sus actividades, en forma autónoma e independiente, bajo su propia cuenta y riesgo, declarando que conoce la naturaleza del presente contrato y que por tanto la vigilancia que ejerza EL CONTRATANTE sobre su ejecución no constituirá subordinación de ninguna índole”*.

Empero como lo aceptó el demandante en el interrogatorio de parte rendido, el contrato de prestación de servicios fue suscrito de manera libre y voluntaria con la demandada, momento para en el cual él tenía conocimiento de las condiciones en las que sería vinculado, pues afirmó que esa modalidad contractual se realizaba para los trabajadores de la salud. En relevancia, de dicha relación no se advierte subordinación, lo que se corrobora con lo declarado por el actor, cuando detalló que si en alguna oportunidad no podía asistir a cumplir el turno asignado, personalmente el médico trataba de solventar este haciendo cambios internos con el grupo de compañeros y que se le comunicaba a la coordinación la imposibilidad para realizar el turno para

que se asignara otro médico de reemplazo, así el demandante tenía la facultad de ausentarse a los turnos asignados, sin que tuviese consecuencia adversa alguna diferente a la de no percibir los honorarios por horas no cumplidas; situación que se corrobora conforme lo manifestado por la declarante Clemencia Gutiérrez Sánchez quien, en calidad de coordinadora del demandante, entre otros, precisó que pese que el actor no faltó ninguno de los turnos programados, bajo su modalidad contractual él podría haberse ausentado y que, como sucedió con otros médicos, se programaba otro profesional de la salud para cubrir el turno.

Por otra parte, debe advertirse que el señor Rogelio Antonio García Jiménez, aseguró que, para el interregno en que solicita la declaratoria del contrato de trabajo, ostentó de igual manera la calidad de servidor público pues para esa misma data mantuvo un contrato de trabajo con la Secretaría de Salud de Bogotá, ello quiere decir que conforme las características propias de los contratos de prestación de servicios y el actor, no tenía dedicación exclusiva con Esimed, mientras que su disponibilidad reglamentaria se encontraba dispuesta para la citada entidad pública, por ello que si bien existiera una programación de turnos a instancia de la sociedad demandada, el cumplimiento no se supeditaba a una facultad de subordinación, en tanto las partes conocían que estos horarios podían ser no cumplidos por el profesional, sin entender que estuviese incumpliendo alguna orden o directriz, como también a observar que en esencia la asistencia del profesional contratado se supeditaba a que su compromiso como empleado público, así lo permitiera.

Aunado, que de los testimonios practicados a los doctores Enrique Ramiro Pertuz Bolaño y Nubia Esperanza Peña Piñera, los cuales fueron solicitados por la parte demandante, tampoco se logra dar certeza si existió una aquella subordinación y la continuidad respecto a la demandada, como quiera que a pesar de haber manifestado que el demandante prestó los servicios como médico pediatra, los mismos expusieron que el actor iba a la clínica cada sexta noche por 12 horas y en fines de semana por 24 horas, por lo que los declarantes no presenciaron de manera permanente o continua la forma y términos en que el actor pudo haber desarrollado su labor, en particular si respecto de él, la demandada le impartiera ordenes o instrucciones.

Es de advertir que para el caso de ciertas profesiones debe examinarse cada caso de forma particular en la medida que tal labor está regida por una serie de responsabilidades legales que no pueden calificarse como indicios de subordinación; por lo que aunque el actor prestó sus servicios para Esimed en la clínica Veraguas, bajo el sistema de turnos mensuales en principio establecidos por la demandada, acorde con la disponibilidad con la que contaba el demandante, quien podía modificarlos con otros compañeros, conforme él lo aceptó. Situación que si bien podía tenerse como un asomo de subordinación lo cierto es que en este asunto está probado que el demandante podía delegar a otro médico de aquel grupo si así lo requería.

Ahora, tampoco es dable, en el presente asunto, deducir una relación laboral al advertirse que la demandada o la clínica donde prestaba el actor sus servicios lo dotaba de herramientas de trabajo o que, conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios el demandante, debía diligenciar los registros de atención diaria de procedimientos y actividades teniendo en cuenta las disposiciones legales emitidas por los entes de control, mantener actualizados los informes estadísticos de las atenciones y procedimientos practicados a los usuarios asignados o enviados por Esimed y demás actividades propias de los profesionales de la salud, habida consideración de que el tipo de relación jurídica que se examina, en la que se involucra la prestación de un servicio de la salud, implica un marco jurídico de responsabilidades a cargo de quien lo presta, por lo que resulta razonable y comprensible que la contratante enuncie aquellos parámetros generales de ejercicio de la medicina a los profesionales del área vinculados con ella, que se comprenden como necesarios para lograr el cumplimiento del objeto del vínculo y no devienen en la subordinación jurídica de los artículos 22 y 23 del CST. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia CSJ SL2171-2019 señaló que:

“[...] cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Estas precisiones adquieren mayor relevancia en el sub lite, dado que la controversia se suscita entre un profesional médico y una entidad prestadora de servicios de salud, ambos sometidos a las reglas del sistema de seguridad social en salud previstas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan y reglamentan, como la Ley 1164 de 2007 o ley de talento humano en salud.

Ello, porque el subsistema de salud se rige por un conjunto de principios, normas y procedimientos a los cuales deben someterse todos los actores del sistema, incluidos los profesionales de la salud. Asimismo, debe considerarse que una de las transformaciones más relevantes es que las instituciones aseguradoras o prestadoras de servicios de salud deben cumplir con la normativa que las regula, por lo cual frecuentemente se ven compelidas a trasladar algunas de las obligaciones en quienes prestan el servicio de manera directa al paciente, como es el caso de los médicos.

Esas circunstancias, en ocasiones, pueden dar a entender que el contratista de prestación de servicios está subordinado a la empresa contratante; de ahí que, ante esa situación, el juez también está en la obligación de determinar, en cada caso en particular, si la imposición y correlativo cumplimiento de las funciones que debe desempeñar el demandante, son derivadas del sistema de salud o, por el contrario, son las propias del contrato de trabajo”.

Con relación a las pruebas documentales que obran en el plenario, de estas tampoco se logra evidenciar una subordinación o fuerza de órdenes o instrucciones perentorias que denote una dependencia o subordinación de

Esimed con el actor al momento de realizar la prestación del servicio, puesto que las aportadas por el actor son el contrato de prestación de servicios, turnos pediatras clínicas para efectos de las cuentas por cobrar, formatos únicos para reporte de horas y cuentas de cobro, que vislumbran el pago realizado por la actividad desempeñada como consecuencia del contrato de servicios, situación que no conllevan a establecer la concurrencia de los elementos de un contrato de trabajo.

Así las cosas, se encuentra desvirtuada la presunción en el artículo 24 del CST, ya que de los medios de prueba aportados no existió un factor determinante que conllevara a demostrar la existencia de un contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que no se vislumbró ninguna subordinación por parte de la pasiva. También debe tenerse en cuenta que a pesar de que la empresa no presentó escrito de contestación de demanda y que sufrió las consecuencias procesales contenidas en el numeral 2° del artículo 77 del CPTSS, por cuanto el representante legal de Esimed no compareció a la etapa de conciliación obligatoria, ello no implica que esta corporación en ejercicio de la facultad del deber que le impone el artículo 61 del CPTSS y bajo las reglas de la sana crítica probatoria del expediente en su conjunto, muestran una realidad distinta a la que formalmente señalan esos hechos, pues los extremos inicial y final así como la remuneración por los servicios prestados son comunes o inherentes a ambos tipos de contratación se hallan presentes tanto en el de prestación de servicios como en el contrato de trabajo, por lo que su sola presencia, per se, no permiten concluir que de ellos establezca una relación laboral, pues la subordinación, que es el elemento sustancialmente requerido para su configuración, se encuentra, como se dijo en precedencia, desvirtuado, por las pruebas que obran en el proceso.

Por lo expuesto, al no encontrarse avante la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo pretendida por el actor, por sustracción de materia o de objeto, la Sala se abstiene de efectuar pronunciamiento respecto a las pretensiones condenatorias, entre ellas, las referentes al pago de salarios generados y dejados de percibir que resalta el apelante, como quiera que las mismas se encontraban supeditadas a la declaratoria de una relación laboral. En consecuencia, se confirmará la sentencia recurrida. Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

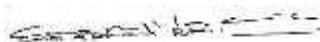
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en donde es

demandante el señor ROGELIO ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ y demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. – ESIMED S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



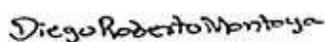
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 9358e54eb33aa486d1f313444e3bdc454738f5db194804c52dab11203ac4cc91

Documento generado en 31/07/2023 02:38:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

-31- de julio de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 029 2021 00343 01.

Demandante: ANGÉLICA QUIÑONEZ VILLA

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 18 de abril de 2022. De igual manera el presente asunto se reconoce el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS)¹.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Angélica Quiñonez Villa instauró demanda ordinaria laboral, contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- con el fin de que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en un 100% con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente Arcesio García, a partir del 20 de noviembre de 2020, junto con los intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que su compañero permanente el señor Arcesio García se encontraba pensionado por parte del régimen de prima media con prestación definida, mediante Resolución 011955 de 1997; que, falleció por causas de origen común el 20 de noviembre de 2020; que desde el 15 de junio de 2009 hasta el día de su fallecimiento compartieron mesa, techo y demás proyectos en común. Señaló que el 10 de diciembre de 2020 presentó solicitud ante Colpensiones para el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, pero fue negada argumentado que no se encontraron acreditados los cinco años de convivencia exigidos, debido a que en la investigación administrativa realizada por la administradora, la demandante afirmó que por el lapso de menos de 1 año, ella tuvo que desplazarse como consecuencia de un viaje para mantener un

¹ Pase despacho 20/05/2022

restaurante fuera de la ciudad, fruto del proyecto en común que compartieron como pareja, pero que, la relación sentimental entre ellos continuó en la distancia².

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones; argumentó para tal efecto la accionante no tiene la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional, pues no cumple con el requisito de convivencia de al menos 5 años con antelación del fallecimiento del pensionado. Aseguró que una vez la accionante efectuó la reclamación correspondiente, en la validación de los documentos aportados, se advirtió la diferencia de edad superior a los 20 años, aunado a que no hubo hijos en común, razón por la cual la Administradora se adelantó la práctica de una investigación administrativa; detalló que, en el transcurso de dicha actuación, fue la misma demandante quien manifestó una separación de cuerpos entre la pareja para el año 2018.

Asimismo, adujo que un negocio en común no es prueba suficiente para demostrar el proyecto de vida en común, sino la simple asociación entre dos personas respecto al mismo negocio que no necesariamente implica una relación sentimental, agregando el hecho de que la demandante no conserva registros fotográficos, ropa u objetos personales del causante³.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 18 de abril de 2022, resolvió:

"PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES representada legalmente gerente o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante ANGÉLICA QUIÑONEZ VILLA, como compañera permanente del causante señor ARCESIO GARCIA, a partir del 20 de noviembre de 2020 en cuantía inicial correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente, que equivale a la suma de 877.803 mil pesos con los respectivos incrementos anuales que determine el Gobierno Nacional.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representado legalmente su gerente o por quien haga sus veces, a pagar a la demandante ANGÉLICA QUIÑONEZ VILLA, el retroactivo causado desde el 20 de noviembre de 2020 y hasta la fecha en que sea incluida en nómina, de conformidad con lo expuesto en el numeral anterior.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representado legalmente por su gerente o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la demandante ANGÉLICA QUIÑONEZ VILLA los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 10 de febrero de 2021 y hasta la fecha en que se pague el retroactivo pensional ordenado en el numeral anterior.

² Exp. Digital: «001Demanda.pdf»

³ Exp. Digital: «006ContestacionColpensiones.pdf»

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 3.000.000 de pesos.

SEXTO: CONSULTESE con el superior en caso de no ser apelada la decisión.”

Para arribar a tal conclusión, la *a quo* indicó que, no fue objeto de discusión que la demandante cumplió con el requisito de la reclamación administrativa ante Colpensiones; que el causante Arcesio García falleció el 20 de noviembre de 2020 según obra el registro de defunción, y que al momento del fallecimiento contaba con la calidad de pensionado desde el 01 de agosto de 1997.

Recordó que en atención a los reiterados pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia existen circunstancias especiales por las cuales los cónyuges o compañeros se vean avocados a separarse, inclusive, durante términos prolongados por cuestiones distintas a su voluntad, sin que eso signifique ponerle fin al vínculo sentimental. Precisó que, en efecto, al realizar el estudio de la declaración de parte, los testimonios y las documentales se logró acreditar, a pesar de las separaciones esporádicas de la pareja, la convivencia real y efectiva al momento del deceso. Se condenó a la accionada al pago del retroactivo pensional desde la muerte del causante, así como a los intereses moratorios como quiera que el Juzgado no encontró motivos suficientes para que la entidad demandada le negará el derecho a la demandante. (Exp. Digital. Al índice «013AudioSentencia» «Min.1:14:00».

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación, indicando que como quedó demostrado en la investigación administrativa, si bien es cierto la demandante inició la convivencia con el causante desde el 2009 fue hasta el 2018, fecha en la cual por distintas razones tuvieron que separarse e interrumpir con el término de convivencia, por lo que, no se configuran los presupuestos señalados dentro del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la cual se exige convivencia no menor a 5 años para que Colpensiones pueda reconocer las pensiones de sobrevivientes; asimismo, sobre la condena de los intereses moratorios, indicó que la administradora ha actuado de buena fe basada en la documentación y en la investigación administrativa, por lo que, con fundamento en la sentencia C-515 de 2009 de la Corte Constitucional, no procede la condena de intereses moratorios en tanto nunca se ha suspendiendo o dejado de pagar las pensiones por voluntad propia. Aunado a ello, manifestó su inconformidad en cuanto a las costas procesales, pues la entidad siempre ha actuado de buena fe.

V. CONSIDERACIONES

No encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura estudiar si la aquí demandante ostenta la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional del causante Arcesio García; en caso afirmativo, de existir derecho determinar el porcentaje en que les corresponde la prestación económica.

Dentro del proceso, se evidencia que el señor Arcesio García falleció el 20 de noviembre de 2020, conforme registro civil de defunción (expediente digital al

índice 001 pág. 20), data para la cual ostentaba la calidad de pensionado del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, por medio de la resolución No. 011955 del 05 de julio de 1997 (índice 007, «GRP-HPE-EV-CC-5804328», pág. 3).

Clarificado lo anterior, es necesario resaltar que, la línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción laboral; expresa que, *“es criterio reiterado de esta Corporación que la regla general es la de que la contingencia está cobijada por la norma de seguridad social vigente al momento de la ocurrencia del evento según la prestación pensional correspondiente, esto es, para la pensión de sobrevivientes, la que esté en vigor a la calenda de la muerte del afiliado o pensionado.”* (SL335-2023), lo que permite determinar que la norma vigente para la fecha de su deceso, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, literal a).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral precisó que, acorde a un nuevo análisis de la norma, el requisito de cinco años de convivencia solo resulta exigible en los casos en que se discuta la pensión de sobrevivientes por fallecimiento del pensionado, en sentencia reciente SL4283-2022, expresó:

“Sin embargo, tal como lo sostuvo el colegiado, luego de reexaminar la referida temática, esta Corporación fijó una nueva doctrina en torno a la interpretación del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Encontró, que no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese exigido un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, por manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarlo en caso del deceso de un pensionado.”

Lo anterior, reitera que en caso de la muerte del pensionado, quien solicite ser beneficiario de la sustitucional pensional, como compañero o compañera permanente, debe acreditar cinco años de convivencia con anterioridad al fallecimiento. Descendiendo al caso en concreto, en lo que respecta a la convivencia, sostiene la actora haber sostenido la calidad de compañera permanente con el señor Arcesio García desde el 15 de junio de 2009 y hasta la fecha de su deceso al 20 de noviembre de 2020.

Al respecto, como testigo la ciudadana Astrid Morales Oviedo manifestó ser sobrina del causante, que conoció a Angélica Quiñonez Villa desde que su tío, el alegado causante, la presentó a la familia como su novia y después como su compañera, a quien conoció desde el 2009, que fue la demandante quien lo acompañó durante la enfermedad hasta la muerte. Por otro lado, añadió que el domicilio de la pareja siempre fue en el barrio Santa Elenita en Bogotá, expresó no conocer de ninguna separación de la pareja, más allá de algunos viajes que realizó la demandante, sin que la relación sentimental culminara en el transcurso de estos. Recordó que hacia 2019 se deterioró la salud de su tío. Informó que el causante tenía alrededor de 5 hijos, tres de cuales se alejaron de la familia y los otros dos de su segundo matrimonio; que la declarante únicamente conoce a la hija menor, que en la actualidad debe tener alrededor de 40 años (Min. 24:01).

Sandra Janneth Herrera Beltrán, al rendir testimonio, indicó que fue vecina e hija de la propietaria de la casa donde residió el señor Arcesio García y Angelica Quiñonez. Precisó que conoció a Arcesio García desde que ella tenía 5 años,

momento para el cual él convivía con otra mujer llamada Esperanza, unión de la cual resultaron dos hijas; que posteriormente la relación terminó y él se quedó a cargo de las niñas, las cuales en la actualidad tendrían más de 35 años; que el causante les presentó a Angélica Quiñonez hacia el 2009 y al poco tiempo ella se fue a vivir y tenían gastos compartidos. Que Angelica tenía un restaurante y por eso viajaba. Aseguró que la pareja jamás se separó, que la demandante estuvo muy pendiente de su compañero desde el momento en que fue hospitalizado hasta antes de fallecer (Min. 37:20).

Por su parte, Adriana Moya Montoya manifestó igualmente ser vecina de la pareja, que conoció a Arcesio García *“toda la vida”*, porque en el barrio donde residía existía un paradero del transporte público y el causante fue conductor de dichos vehículos; asimismo, expresó conocer a la demandante desde el 2009, momento desde el cual se convirtió en la pareja del causante, calidad que mantuvo hasta el último día de vida del señor García. Destacó que, la señora Quiñonez Villa únicamente salía de la ciudad por situaciones urgentes como el nacimiento de su nieto, o el bienestar de sus hijos (Min.52:33).

En el transcurrir del trámite procesal, se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante Angélica Quiñonez Villa, quien en relevancia manifestó que desde el 2009 se conoció con Arcesio García y a los tres meses se fueron a vivir juntos, que desde ese momento no se han separado; asimismo que no procrearon hijos. Añadió que, meses antes de su fallecimiento tuvo que realizar varios viajes fuera de la ciudad, ya sea por motivos de salud de su hija, o para supervisar su negocio comercial, pero que, en todo caso, sus viajes eran conocidos y aceptados por su pareja; expresó que una vez el estado de salud del causante empeoró puso fin a su viaje y lo acompañó en la enfermedad. Por último, expresó que, su pareja tuvo hijos con su relación anterior, pero que no tenía contacto con ellos y todos ya eran mayores de edad. (Min. 06:54)

De cara a lo indicado, y junto con el análisis de las pruebas documentales allegadas, se corrobora que desde el 2009 la demandante ostentó la calidad de compañera permanente del señor Arcesio García; que de dicha unión no se procrearon hijos; que fue la señora Quiñonez Villa quien acompañó al causante durante sus últimos años de vida y cuidó de él en la enfermedad; que la demandante se distanció del pensionado en algunos lapsos para resolver situaciones familiares y comerciales; y que entre los dos compartían los gastos del hogar.

La jurisprudencia de la Máxima Corporación en esta especialidad ha precisado (CSJ SL1399-2018):

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva

y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

2.2 Los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia

En fallo SL3202-2015 esta Sala de la Corte adoctrinó que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece.

En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.”

De esta forma, la convivencia no se limita a compartir un espacio físico de forma permanente, porque no es un elemento forzado y estático, porque la sola ausencia física de uno de los cónyuges o compañeros, no rompe el vínculo existente cuando ha tenido lugar por razones ajenas o no su voluntad pero que aun así han mantenido incólume la firme intención de continuar la relación, sin que desaparezca la comunidad de vida entre ambos, siempre y cuando subsistan lazos de solidaridad, ayuda mutua y acompañamiento espiritual, entendiendo que cualquier interpretación contraría iría en contravía de las realidades fácticas de los matrimonios o uniones dentro de la dinámicas propias de la sociedad.

De cara a lo indicado, se corrobora con claridad que, desde el 2009 y para la fecha del deceso del causante señor Arcesio García, la demandante Angélica Quiñonez Villa ostentó la calidad de compañera permanente que, compartían el mismo núcleo familiar con el pensionado, y que a pesar de viajes fuera de la ciudad, la pareja mantenía los lazos de afecto, solidaridad, ayuda mutua, e inclusive de asistencia económica entre compañeros. Así las cosas, el hecho de que la demandante hubiese realizado viajes por fuera de la ciudad sin el acompañamiento de su pareja, por motivos ajenos o no a su voluntad, entre ellos la administración de su fuente de ingresos y el cuidado de sus hijos, no puede desconocer el vínculo como pareja y hogar así formado, toda vez que de acuerdo a la doctrina, la simple separación física por razones diferente a la culminación del afecto y convivencia de una pareja, no puede desmeritar los lazos de compromiso que continuaban compartiendo los compañeros permanentes.

En consecuencia, se encuentran acreditados los requisitos de ley por parte de la demandante Angélica Quiñonez Villa, para acceder a la sustitución pensional al 100% deprecada, en razón a que no obra en el despacho prueba de la existencia de otro beneficiario con igual o mejor derecho, razón por la cual en este punto se confirmará la sentencia apelada.

Acerca de la procedencia de imponer condena sobre intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corporación de Cierre en materia Laboral ha resaltado en reiteradas oportunidades que estos proceden en virtud de su carácter resarcitorio y no condenatorio, sin que el juzgador deba analizar la conducta de la administradora, pues la simple mora en el pago del derecho económico al pensionado puede generar fuertes implicaciones en su mínimo vital, no obstante, la jurisprudencia también se ha planteado casos excepcionales en los que no procede el reconocimiento y pago de estos, como en la sentencia SL4309 de 2022 en donde se aclara:

“Ahora, si bien es cierto que la jurisprudencia del trabajo ha aligerado la tesis de la procedencia irrestricta de los intereses moratorios cuando se verifica mora de la entidad, ello solo ha tenido lugar en los siguientes precisos y excepcionales eventos: (i) cuando la administradora de pensiones niega el derecho con respaldo en una norma vigente que la autoriza para ello y que con ocasión de una decisión jurisprudencial luego es inaplicada o interpretada de un modo que la entidad no podía razonablemente prever; (ii) cuando la entidad define el derecho con base en una línea jurisprudencial que posteriormente es abandonada, o (iii) cuando existe un conflicto entre potenciales beneficiarios (CSJ SL787-2013, SL10504-2014, SL10637-2015, SL1399-2018 y SL2414-2020)

No obstante, cuando se trata de controversias fácticas relacionadas con requisitos pensionales tales como el tiempo de convivencia, la dependencia económica o la acreditación de las semanas pensionales, o de discrepancias atinentes a la interpretación de un precepto jurídico, es procedente el pago de los intereses moratorios, pues se parte de la premisa que la entidad administradora debe hacer un análisis juicioso y exhaustivo de la solicitud y de las pruebas que la acompañan, y esforzarse por interpretar de la mejor manera las normas a fin de definir lo más certeramente posible el derecho.

Si no fuera así, en ningún caso sería posible imponer condena por este concepto, lo que tornaría la norma en un enunciado ineficaz e impracticable, pues casi siempre en el marco de las controversias pensionales las administradoras ventilan alguna justificación para rehusar el reconocimiento de la prestación.” (subrayado fuera del texto original).

Para establecer la fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 1º de la Ley 717 de 2001, según el cual los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a dos meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Dicho lo anterior, la petición de reconocimiento fue el 10 de diciembre de 2020, tal y como lo aceptó Colpensiones al contestar la demanda (como se observa en la Resolución SUB23908 del 3 de febrero de 2021, al índice 8), es decir, que la accionada debió haber proferido el correspondiente acto administrativo reconociendo la prestación deprecada a más tardar el 10 de febrero de 2021, lo que en efecto no ocurrió, pues la demandada negó la prestación a través de la enunciada Resolución SUB-23908 del 03 de febrero de 2021.

En ese sentido, la Sala procederá a confirmar la condena para el pago de los intereses moratorios a favor de la demandante, conforme lo estipulado en la sentencia primera instancia.

Por último, en virtud del estudio en el grado jurisdiccional de consulta, resulta pertinente analizar sobre la excepción de prescripción, teniendo en cuenta las fechas ya mencionadas, en la que falleció el causante -el 20 de noviembre de 2020-; en la que la demandante Angélica Quiñonez realizó la reclamación, el 10 de diciembre del mismo año; y la fecha de radicación de la demanda, el 13 de agosto de 2022 (al índice 02), se observa que no transcurrieron más de tres años entre las mencionadas (art. 151 CPTSS). Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

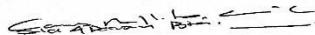
VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia proferida el 18 de abril de 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso adelantado por ANGÉLICA QUIÑONEZ VILLA contra COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO



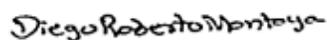
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e99f7d8f30170e263d1f9e81264ebaa6554e9e549f96177a1d811971f0af9f2d**

Documento generado en 31/07/2023 02:55:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>