

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00893 -01.

Demandante: **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**

Demandado: **JOSÉ ISIDRO HERRERA BELTRÁN.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide el **RECURSO DE APELACIÓN** que **BRINKS DE COLOMBIA S.A.** interpuso contra la providencia que el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá profirió el 28 de febrero de 2023, dentro del proceso especial de fuero sindical –acción de reintegro- que la recurrente adelanta contra **JOSÉ ISIDRO HERRERA BELTRÁN**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó se declare que el demandado incurrió en una causal de despido con justa causa. En consecuencia, pidió el levantamiento del fuero sindical del accionado y, por ende, se autorice la terminación de su contrato de trabajo.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos: **1)** El demandado se vinculó a su servicio el 04 de junio de 2012, mediante contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de Conductor; **2)** El demandado se comprometió a cumplir con la Política Global de Redes Sociales y el Código de Ética; **3)** El 18 de agosto de 2019 se modificó la junta directiva de SINTRABRINKS, nombrándose al demandado como Secretario

Demandante: **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**

Demandado: **JOSÉ ISIDRO HERRERA BELTRÁN.**

de Intersindicales de la Junta Directiva Nacional; **4)** Al demandando el 15 de octubre de 2019 se le comunicó la terminación de su contrato de trabajo por realizar comentarios en redes sociales que iban en contra de la organización; **5)** El 23 de julio de 2019 se le solicitaron explicaciones al demandado de los comentarios que realizó, a lo que se dio respuesta el 26 del mismo mes y año; **6)** El 30 de agosto de 2019 inició proceso disciplinario, citando a descargos al accionado para el 05 de septiembre de 2019, fecha en la que este no compareció, sin que se entregara justificación; **7)** Pese a lo anterior, la empresa encontró que para la fecha de la diligencia de descargos que el accionado estaba incapacitado, por lo que, la reprogramó el 26 de septiembre de 2019, quedando para el 02 de octubre del mismo año; **8)** El 02 de octubre de 2019 el actor no compareció a diligencia de descargos; **9)** Por lo anterior, el 15 de octubre de 2019 se tomó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo del actor, lo que quedó supeditado a la autorización judicial para levantar su fuero sindical; **10)** El demandante ya había incurrido en hechos similares en 2018, pegando carteles refiriéndose a cargos ejecutivos y operativos, como calaveras; **11)** La convención colectiva de trabajo, establece hasta 35 permisos a favor de los trabajadores de la junta nacional de SINTRABRINKS, dejándose de usar dos para octubre de 2019; **12)** La convención colectiva de trabajo, establece hasta 35 permisos a favor de los trabajadores de la seccional de Bogotá de SINTRABRINKS, dejándose de usar ocho para octubre de 2019, por demás que recae en los trabajadores sindicalizados la obligación de acompañar a trabajadores que hacen parte de dicha organización sindical; **13)** SINTRABRINKS despliega actividades que incluso pueden ser tildadas de temerarias dentro de los procesos judiciales; y **14)** Los *hashtag* #brinks apesta, #brinks stinks, o administración está podrida, se utiliza para desprestigiar el buen nombre de la empresa, y en la actualidad se encuentra publicados.

2. Respuesta a la Demanda.

José Isidro Herrera Beltrán (archivo 05), en audiencia del 05 de octubre de 2021 se opuso a las pretensiones de la demanda, presentó las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Demandante: **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**

Demandado: **JOSÉ ISIDRO HERRERA BELTRÁN.**

En cuanto a los hechos de la demanda, aceptó que su contratación mediante contrato a término indefinido desde el 04 de junio de 2012 para desempeñar el cargo de Conductor; la existencia de SINTRABRINKS, y la calidad de miembro de la junta directiva del actor de esta; la comunicación del contrato de trabajo el 15 de octubre de 2019, así como los hechos atinentes al proceso disciplinario iniciados en su contra.

Adujo que no se ha incurrido en justa causa para la terminación de su contrato de trabajo, pues siempre ha sido cumplidor de sus obligaciones, incluyendo la de manejo de redes sociales; que en el mensaje censurado por la accionante, se hizo a través de un *hashtag*, lo que sirve para identificar una tendencia en la web, que a su juicio no tuvo trascendencia; que la acción se encuentra prescrita, pues no se demandó en tiempo; que el conocimiento de los hechos fue de julio de 2019 por parte de la empresa pero sólo se citó a diligencia de descargos 05 de septiembre del mismo año, añadió que no se garantizó el debido proceso al no ser citados dos miembros del sindicato a dicha diligencia, como tampoco se le dio la oportunidad de presentar recursos; manifestó que dentro del ejercicio de la libertad sindical, es posible que los trabajadores puedan manifestar sus opiniones a través de diversos medios, como publicaciones o difusión de opiniones.

Por su parte, **SINTRABRINKS** (archivo 05), en audiencia del 05 de octubre de 2021 coadyuvó los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

3. Providencia Recurrida.

La **A Quo** dictó sentencia absolutoria.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que no operó la excepción de prescripción, pues la terminación del trámite efectuado por el empleador data del 15 de octubre de 2019 y se demandó el 13 de diciembre del mismo año, esto es, dentro del término de dos meses; indicó que convencionalmente se pactó que la consecuencia de no iniciarse el trámite de desvinculación del trabajador es la ineficacia del despido, y no la prescripción de la acción; que no obra prueba, como lo sería la correspondiente denuncia relativa a

que el demandante no efectuó la publicación en redes sociales (“*Brinks apesta*”) por la que fue llamado a descargos; que según el acervo probatorio es dable establecer dicha expresión, así como *Brinkstinks* y *¿Brinks donde están tus valores?* fue consecuencia de una protesta que se estaba realizando por parte de SINTRABRINKS por el despido de trabajadores, quien podía en uso del derecho de libertad sindical opinar sobre tal situación, siempre y cuando no atentara contra la vida ni promueven la violencia; que las aludidas expresiones resultan razonables y legítimos dentro del marco de una protesta, siendo excesivo con ello, terminar el contrato de trabajo por usarla, máxime que con ello se podría ir contravía del principio de libertad sindical; que las expresiones además de no atentar contra la vida y generar violencia, no generaron ningún tipo de impacto a nivel social, fue sólo una manifestación de descontento de parte de los miembros de SINTRABRINKS; y que dentro del proceso disciplinario se vulneró el debido proceso, pues no se llamó al demandante dentro de los 20 días siguientes al conocimiento de la falta, y la información que se le brindó para que ejerciera la contradicción de la misma fue genérica.

4. Providencia Recurrida.

La parte actora manifestó que existe un desconocimiento frente al precedente, y en específico la libertad de expresión; que con dicho derecho no es dable afectar los derechos de las demás personas, pues con la utilización de la expresión “*Brinks Apesta*” desde su cuenta de Facebook afectó el buen nombre de la empresa, pues el manejo de la información es muy delicado, debiéndose no efectuar comentarios infundados; que la libertad de expresión puede ser objeto de limitación cuando se incurre en frases injuriosas como acaeció en el asunto, pues si bien se realizó dentro del marco de la libertad sindical, se pudo efectuar dichas expresiones de manera diferente y decorosa, más aún cuando esto afecta el *good will* de la empresa; que el procedimiento disciplinario no contempla la terminación del contrato, sólo debía seguirse frente al llamado de atención, suspensión o multas; y que en el curso del proceso se acreditó que el demandante conocía la política del uso de redes sociales y el código de ética, así como al marco normativo de la empresa.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Se encuentra acreditada la configuración de una justa causa para la terminación del vínculo laboral que permita el levantamiento del fuero sindical del trabajador demandado?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

1. Del Fuero Sindical.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del C.S.T. Al respecto, ha reiterado la H. Corte constitucional la relevancia de dicha figura, pues está en relación de conexidad con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales, quienes tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, por demás que el sistema jurídico ha diseñado diversas herramientas para que el ejercicio de la actividad sindical no sea una mera ilusión debido a la posición dominante de los empleadores frente a los empleados (T-330 de 2005).

En igual sentido, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87: *“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.*

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

- (a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.*
- b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.*

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto por CSJ SL2543-2020, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que *“Nada de lo*

dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (sic) a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."

Se concluye de lo expuesto que, por mandato constitucional, el fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión, por lo que esta institución tiene una especial jerarquía, que ha pasado de ser puramente legal a ser de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. Por ello se sostiene que el fuero sindical se reconoce tanto en beneficio del sindicato como del trabajador perteneciente a este.

Por su parte, el artículo 405 del C.S.T., define al fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo"*; y el artículo 406 *ejusdem*, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 12 de la Ley 584 de 2000, consagra que dentro de los trabajadores amparados por el fuero sindical están *"Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; (...)"*

En cuanto a las acciones que derivan del fuero sindical, los artículos 113 y 118 del C.P.T. y de la S.S. consagran las acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores relacionados con la protección constitucional y legal del fuero sindical, estableciéndose en el primero, la posibilidad de requerir el levantamiento del aludido fuero; acción que está a cargo del empleador.

2. Del caso concreto

Determinado lo anterior, es evidente que estamos en presencia de una demanda presentada por el empleador con la pretensión de levantar el fuero sindical, por lo que al juez laboral le corresponde analizar si resulta posible otorgar permiso al empleador para efectuar dicho levantamiento, siempre y cuando el actuar del trabajador se ajuste a alguna de las justas causas de despido de sindical se encuentran las causales enumeradas en el art. 405 del CST, y que a su vez remite a los artículos 62 y 63 del mismo compendio normativo.

Considera la Sala que en el presente asunto son motivos de discusión: i) que el demandado labora en BRINKS DE COLOMBIA S.A. desde el 04 de junio de 2012, mediante contrato de trabajo a término indefinido, ii) su afiliación a la organización sindical SINTRABRINKS S.A, iii) así como a calidad de miembro del demandado de la junta directiva dicho sindicato, como fiscal, y por ende, iv) amparado por fuero sindical (fls.7 y 8 del archivo 08).

Así, los motivos del apelante van encaminados a que es dable efectuar el levantamiento del fuero sindical del trabajador, como quiera que el demandante desde sus redes sociales, Facebook, se refirió a la empresa a través de comentarios que iban en contravía de sus obligaciones como trabajador y del buen nombre de esta, al señalar textualmente “*Brinks Apesta*”, haciendo alusión a una publicación que inició en el perfil de SINTRABRINKS Nacional (fls. 118 a 127 del archivo 01); circunstancia de la que también dieron cuenta los testigos Julián Rodrigo Millán Enciso y Alexandra Liliana Moreno Nozenko.

Pues bien, en el proceso se encuentra acreditado que la utilización de dicha expresión, así como la referente a “Brinkstinks” y “Brinks dónde están los valores”, los cuales florecieron como consecuencia del ejercicio de la actividad sindical de la organización SINTRABRINKS, lo que fue ampliamente explicado por los testigos Romer Enrique Díaz López y Carlos Manuel Solarte López, quienes manifestaron que a raíz de diversos despidos se empezó una campaña, un mitin contra la empresa, con la finalidad de

expresar el descontento realizando publicaciones en redes sociales, como Facebook; y que esta fue una campaña que se hizo en junio de 2019 de manera pública y pacífica. Así como, la expresión “*Brinks Apesta*” se generó desde el perfil del trabajador demandado, quien no acreditó que hubiera sido de objeto de hackeo o suplantación dentro del aludido perfil, por lo que debe entenderse remitidos desde su cuenta de Facebook.

Al punto, se rememora que en sentencia CSJ SL464-2023 se explicó que *“aunque es cierto que ningún derecho es absoluto, ante la colisión con otra garantía constitucional, la libertad de expresión, -en la que se incluye la de opinión-, prevalece, salvo que se acredite que se trate de comentarios con una intención dañina o negligentes, tal como se precisó en decisión CC T324-2020”*; no obstante, y conforme a lo expuesto por los testigos aludidos la intención de usar la expresión “Brinks Apesta” proviene del ejercicio de la actividad sindical de la organización SINTRABRINKS, una protesta en virtud de la cual se tuvo como expresar el descontento por el despido de trabajadores del sindicato.

Lo anterior, cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que se está frente al ejercicio del derecho de libertad sindical, el cual como quedó explicado en precedencia tiene protección a nivel constitucional e internacional a través de los convenios 87 y 98 de la O.I.T. e incluso el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sobre el tópico, CSJ SL3482-2021 explicó que la publicación, difusión y expresión de opiniones, ideas e información relevante para la organización de trabajadores materializan el derecho a la libertad de expresión, de modo que las medidas que busquen entorpecer o reprimir tales acciones constituyen conductas claramente antisindicales; que los derechos de asociación y huelga no pueden concebirse separadamente de las libertades de expresión y opinión, en tanto estas últimas son fundamentales para que las organizaciones de trabajadores logren representar y reivindicar sus intereses ante los empleadores, le permiten captar simpatizantes y alcanzar el cometido gremial; que por lo anterior, actividades tales como reuniones, mítines, plantones, denuncias públicas, piquetes, movilizaciones, manifestaciones, arengas e incluso el denominado escrache o expresión de

repudio contra personas acusadas de conductas contrarias a las relaciones laborales, si bien pueden suponer duras críticas contra directivos o determinadas personas como mecanismo de presión moral y pública, son inherentes al derecho de sindicación e integran el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical.

Aunado a que la limitación o injerencia de tales garantías escapa a los empleadores, que aunque pueden sentirse afectados por el ejercicio de esas libertades carecen de potestad para suprimirlas o prohibirlas, en tanto ello supondría una injerencia injustificada en el ejercicio de tales derechos; que cualquier prohibición encaminada a mutilar estos derechos carece de todo efecto, aun cuando se pacte expresamente en los contratos de trabajo, otro sí, reglamento interno o cualquier otro documento, pues los poderes de dirección y organización del empleador no pueden convertirse en medio para desconocer o deslegitimar el ejercicio de derechos constitucionalmente protegidos.

Por tanto, a juicio de la Sala las razones con la que se pretende por parte del empleador el levantamiento del fuero sindical del actor, así como la terminación de su contrato de trabajo, se enmarcan dentro del ejercicio del derecho de sindicación, por lo que, más allá que se hubiera podido restringir el uso de ese tipo de expresiones a través de códigos, reglamentos, o manuales, lo cierto es que al evidenciarse que se utilizaron en ejercicio de tal derecho, este debe prevalecer y por ende, desplegarse su correspondiente protección, máxime si se tiene en cuenta que del testimonio de Alexandra Liliana Moreno Nozenko, es dable colegir que no se causó un perjuicio gravísimo a la empresa, puesto que este se mide a través de pérdida de clientes y estos permanecieron con la accionante.

Las anteriores razones, son suficientes para considerar que le asiste razón a la A Quo al abstenerse de ordenar el levantamiento del fuero sindical, por lo que, su decisión se CONFIRMARÁ.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Demandante: **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**

Demandado: **JOSÉ ISIDRO HERRERA BELTRÁN.**

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de febrero de 2013 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. –. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



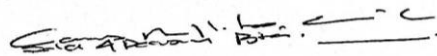
GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00893 -01.

Demandante: **BRINKS DE COLOMBIA S.A.**

Demandado: **JOSÉ ISIDRO HERRERA BELTRÁN.**



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señala a cargo de la parte actora como agencias en derecho la suma de \$750.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2020 00141 01

Demandante: **HENRY EULISES VALBUENA VALBUENA**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Sustanciador: Gustavo Alirio Tupaz Parra.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la demandada, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de abril del 2022 dentro del proceso ordinario laboral que HENRY EULISES VALBUENA VALBUENA promoviese contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva, así como la indexación correspondiente.

Se edifica la demanda y de forma principal, en que el demandante laboró para varias empresas del sector privado, cotizando al sistema pensional del ISS hoy Colpensiones un total de 791.57 semanas, así como la negativa de Colpensiones de reconocer la prestación que se pretende.

2. Actuación Procesal.

2.1. Respuesta a la demanda

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos (fls. 45 a 50).

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de

prescripción y caducidad, principalmente, expuso que el demandante cuenta con una pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No. 3667 del 26 de julio de 2013 por la Secretaría de Educación de Bogotá, a partir del 18 de julio de 2012, por lo que se encuentra inmerso en una incompatibilidad legal y no es viable jurídicamente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez.

3. Providencia recurrida

La **A quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO. - **DECLARAR** que la indemnización sustitutiva deprecada es compatible con la pensión de jubilación concedida por el FOMAG percibida por el actor.

SEGUNDO. - **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la suma de \$16.792.013 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debiendo ser indexado el monto a la hora de su pago, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
(...)

En síntesis, refirió que, el demandante cumple con los requisitos establecidos en la ley a efectos de ser beneficiario de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y que esta prestación resulta compatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Magisterio, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 451 de 2013, entre otras, pues el régimen administrado por el FOMAG está excluido del Sistema General de Seguridad Social, máxime en la historia laboral allegada por la demandada no se advierte ningún colegio o entidad de índole oficial.

4. Argumentos de la Recurrente

Expuso que, debe tenerse en cuenta el carácter de incompatible de las prestaciones, dado que el sistema pensional es integral, único y universal y su caracterización se ve reflejada en no permitir la procedencia de dos pensiones que cubren un mismo riesgo, teniendo en cuenta que en este caso el demandante se encuentra percibiendo una pensión reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante Resolución 3667 del 26 de julio del 2013, con lo que se generaría la incompatibilidad entre la indemnización solicitada y la pensión reconocida.

Manifestó que, por lo anterior, no le asiste derecho al demandante al reconocimiento de la indemnización deprecada, por cuanto se daría un doble pago, encontrándose inmerso en una prohibición por tener cotizaciones en el sector público, siendo estas incompatibles con las realizadas al ISS, ya que financian la pensión la cual es única.

En cuanto a la condena en costas, solicitó revocar la misma, pues Colpensiones siempre ha actuado de buena fe en todos los actos administrativos proferidos en este asunto.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual venció en silencio.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es compatible la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio?, y, de ser ello así, ¿cumple el demandante con los requisitos para acceder a la mentada indemnización?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

Indemnización sustitutiva. Compatibilidad con pensión del Magisterio.

Señala la recurrente que no es dable acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, ya que existe una incompatibilidad entre ésta y

la pensión vitalicia de jubilación reconocida al demandante mediante Resolución 3667 del 26 de julio de 2013 por parte de la Secretaria de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones, y que se encuentra visible a folios 32 a 33 y en el disco compacto de folio 50.

Sobre el tópico, sea lo primero precisar, que en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al tener la accionante el estatus de docente oficial y encontrarse excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, tal y como lo ha expuesto la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la del 06 de diciembre de 2011, Rad. 40848, SL451-2013, SL3684-2020, entre otras.

Ahora bien, aduce Colpensiones en su apelación que la indemnización sustitutiva y la pensión reconocida por el Magisterio son incompatibles, respecto de lo que se debe recordar que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 mantuvo la exención establecida para los docentes en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, únicamente respecto de los vinculados con posterioridad a dicho cambio legislativo, razón por la cual, si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado antes del 27 de junio de 2003 (como es el caso del actor quien ingresó el 29 de abril de 1994- fl. 32 a 33), estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente (sentencia SL2649-2020).

Por otra parte, es menester aclarar que el artículo 128 de la Constitución Política, ciertamente refiere que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, no obstante, las cotizaciones efectuadas a Colpensiones, corresponden a cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor, resaltándose que tienen origen en el sector privado, tal como se observa en el reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones y obrante en el disco compacto de folio 50, por lo que, no puede de establecerse que los aportes tengan la calidad de públicos. Al respecto, se puede consultar las sentencias SL9730-2014, SL5118-2019, y SL2649-2020 de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia.

Las anteriores razones son suficientes para considerar que le asiste razón a la *A quo* en señalar que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez deprecada por el accionante es compatible con la pensión vitalicia

de jubilación a él reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Esclarecido lo anterior, se procederá a verificar si el demandante cumple con los requisitos establecidos en la ley para acceder a la indemnización sustitutiva deprecada, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, norma de la que se extracta que la persona que quiera acceder a dicha prestación debe acreditar: (i) haber cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, (ii) no haber cotizado el mínimo de semanas exigidas para dicha prestación, y (iii) declarar su imposibilidad de seguir cotizando al sistema.

Dicho lo anterior, se tiene que el actor nació el 17 de julio de 1957 (cd fl 50), por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2019, conforme la historia laboral allegada por Colpensiones actualizada a 29 de julio del 2021, se tiene que el demandante cotizó 791.57 semanas (cd fl 50), las cuales resultan insuficientes para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media y declaró la imposibilidad de seguir cotizando al sistema (cd fl 50).

Así las cosas, se observa que el actor cumplió con los requisitos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que se procede a estudiar si hay lugar a declarar la excepción de prescripción.

Prescripción

La H. Corte Constitucional en sentencias como la T -510 de 2017, que reitera la T -546 de 2008, ha enseñado que es imprescriptible la indemnización sustitutiva, en tanto buscan sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, por lo que, al equipararse a un derecho pensional, su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.

En igual sentido, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia STL20644-2017 y SL4559-2019, puntualizó que la indemnización sustitutiva no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica; motivo por el que es imprescriptible.

Liquidación indemnización sustitutiva

Para el efecto, la Sala se remite al artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, en donde se establece que para calcular la indemnización sustitutiva se debe utilizar la siguiente formula: $I = SBC \times SC \times PPC$, donde SBC es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado; SC, es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento; y PPC, es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de pensión por riesgo común.

Así las cosas, y efectuadas las operaciones de rigor que se anexan a la presente providencia (anexo 1), tenemos que el valor a reconocer por concepto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del actor es la suma de **\$16.737.304**, valor ligeramente inferior al establecido por la A Quo, motivo por el que en grado jurisdiccional de consulta se MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia a fin de establecer la suma aludida.

Respecto de la indexación, la Sala encuentra acertada su imposición, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas** a cargo de COLPENSIONES, se considera dable su imposición al resultar vencida en juicio, según los lineamientos del artículo 365 del C.G.P., por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia en el sentido de establecer que el valor a pagar por concepto de indemnización sustitutiva es la suma de **\$16'737.304**

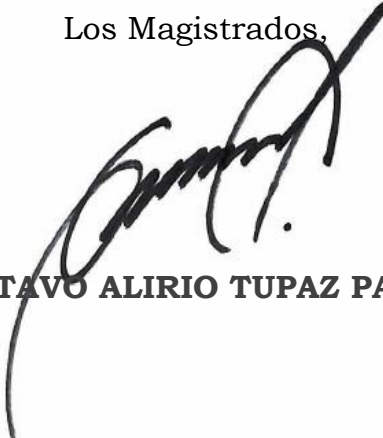
SEGUNDO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

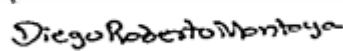
Código Único de Identificación: 11 001 31 05 013 2020 00141 01
Demandante: **HENRY EULISES VALBUENA VALBUENA**
Demandado: **COLPENSIONES**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

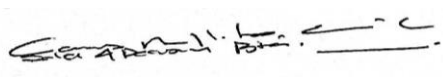
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

AUTO

Se señalan a cargo de la demandada como agencias en derecho la suma de \$450.000.



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA RADICADO: 1100130105013202014101 DEMANDANTE : HENRY VALBUENA DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2019 para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.			

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	Colpensiones	x
	Otros	

Promedio Salarial Anual							
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
04/09/86	30/09/86	27	21.420,00	714,00	\$ 19.278,00		
01/10/86	31/10/86	31	21.420,00	690,967742	\$ 21.420,00		
01/11/86	30/11/86	30	21.420,00	714	\$ 21.420,00		
01/12/86	31/12/86	31	21.420,00	690,967742	\$ 21.420,00		
Total días		119			\$ 83.538,00	\$ 714,00	\$ 21.420,00
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/02/87	28/02/87	28	21.420	765	\$ 21.420,00		
01/03/87	31/03/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/04/87	30/04/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/05/87	31/05/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/06/87	30/06/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/07/87	31/07/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/08/87	31/08/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/09/87	30/09/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/10/87	31/10/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/11/87	30/11/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/12/87	31/12/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
Total días		365			\$ 257.040	\$ 714,00	\$ 21.420,00
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/02/88	29/02/88	28	25.530	911,785714	\$ 25.530,00		
01/03/88	31/03/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/04/88	30/04/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/05/88	31/05/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/06/88	30/06/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/07/88	31/07/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/08/88	31/08/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/09/88	30/09/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/10/88	31/10/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/11/88	30/11/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/12/88	31/12/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
Total días		365			\$ 306.360	\$ 851,00	\$ 25.530,00
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	39.310	1268,06452	\$ 39.310,00		
01/02/89	28/02/89	28	39.310	1403,92857	\$ 39.310,00		
01/03/89	31/03/89	31	39.310	1268,06452	\$ 39.310,00		
01/04/89	30/04/89	30	39.310	1310,33333	\$ 39.310,00		
01/05/89	31/05/89	20	39.310	1.310	\$ 26.206,67		
25/08/89	31/08/89	7	39.310	1.310	\$ 9.172,33		
01/09/89	30/09/89	30	39.310	1310,33333	\$ 39.310,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/10/89	31/10/89	31	39.310	1268,06452	\$ 39.310,00		
01/11/89	30/11/89	30	39.310	1310,33333	\$ 39.310,00		
01/12/89	31/12/89	31	39.310	1268,06452	\$ 39.310,00		
Total días		269			\$ 349.859	\$ 1.310,33	\$ 39.310,00
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	47.370	1528,06452	\$ 47.370,00		
01/02/90	28/02/90	28	47.370	1691,78571	\$ 47.370,00		
01/03/90	31/03/90	31	47.370	1528,06452	\$ 47.370,00		
01/04/90	30/04/90	30	47.370	1579	\$ 47.370,00		
01/05/90	31/05/90	31	47.370	1528,06452	\$ 47.370,00		
01/06/90	30/06/90	30	47.370	1579	\$ 47.370,00		
01/07/90	31/07/90	31	47.370	1528,06452	\$ 47.370,00		
01/08/90	31/08/90	31	47.370	1528,06452	\$ 47.370,00		
01/09/90	30/09/90	30	47.370	1579	\$ 47.370,00		
01/10/90	31/10/90	31	47.370	1528,06452	\$ 47.370,00		
01/11/90	30/11/90	30	47.370	1579	\$ 47.370,00		
01/12/90	31/12/90	31	47.370	1528,06452	\$ 47.370,00		
Total días		365			\$ 568.440	\$ 1.579,00	\$ 47.370,00
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/02/91	28/02/91	28	54.630	1951,07143	\$ 54.630,00		
01/03/91	31/03/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/04/91	30/04/91	30	54.630	1821	\$ 54.630,00		
01/05/91	31/05/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/06/91	30/06/91	30	54.630	1821	\$ 54.630,00		
01/07/91	31/07/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/08/91	31/08/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/09/91	30/09/91	30	54.630	1821	\$ 54.630,00		
01/10/91	31/10/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/11/91	30/11/91	30	54.630	1821	\$ 54.630,00		
01/12/91	31/12/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
Total días		365			\$ 655.560	\$ 1.821,00	\$ 54.630,00
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
01/02/92	29/02/92	29	70.260	2422,75862	\$ 70.260,00		
01/03/92	31/03/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
01/04/92	30/04/92	30	70.260	2342	\$ 70.260,00		
01/05/92	31/05/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
01/06/92	30/06/92	30	70.260	2342	\$ 70.260,00		
01/07/92	31/07/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
01/08/92	31/08/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
01/09/92	30/09/92	30	70.260	2342	\$ 70.260,00		
01/10/92	31/10/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
01/11/92	30/11/92	30	70.260	2342	\$ 70.260,00		
01/12/92	31/12/92	31	70.260	2266,45161	\$ 70.260,00		
Total días		366			\$ 843.120	\$ 2.342,00	\$ 70.260,00
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/02/93	28/02/93	28	89.070	3181,07143	\$ 89.070,00		
01/03/93	31/03/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/04/93	30/04/93	30	89.070	2969	\$ 89.070,00		
01/05/93	31/05/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/06/93	30/06/93	30	89.070	2969	\$ 89.070,00		
01/07/93	31/07/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/08/93	31/08/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
01/09/93	30/09/93	30	89.070	2969	\$ 89.070,00		
01/10/93	31/10/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/11/93	30/11/93	30	89.070	2969	\$ 89.070,00		
01/12/93	31/12/93	31	89.070	2873,22581	\$ 89.070,00		
Total días		365			\$ 1.068.840	\$ 2.969,00	\$ 89.070,00
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	107.675	3.473,39	104.201,61		
01/02/94	28/02/94	28	107.675	3.845,54	115.366,07		
01/03/94	31/03/94	31	107.675	3.473,39	104.201,61		
01/04/94	30/04/94	30	98.700	3.290,00	98.700,00		
01/05/94	31/05/94	31	98.700	3.183,87	95.516,13		
01/06/94	30/06/94	30	98.700	3.290,00	98.700,00		
01/07/94	31/07/94	31	98.700	3.183,87	95.516,13		
01/08/94	31/08/94	31	98.700	3.183,87	95.516,13		
01/09/94	30/09/94	30	98.700	3.290,00	98.700,00		
01/10/94	31/10/94	31	98.700	3.183,87	95.516,13		
01/11/94	30/11/94	30	98.700	3.290,00	98.700,00		
01/12/94	31/12/94	31	98.700	3.183,87	95.516,13		
Total días		365			\$ 1.196.150	\$ 3.322,64	\$ 99.679,16
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	30/01/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/02/95	28/02/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/03/95	30/03/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/04/95	30/04/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/05/95	30/05/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/06/95	30/06/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/07/95	30/07/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/08/95	30/08/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/09/95	30/09/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/10/95	30/10/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/11/95	30/11/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
01/12/95	30/12/95	30	119.000	3.966,67	119.000,00		
Total días		360			\$ 1.428.000	\$ 3.966,67	\$ 119.000,00
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/02/96	29/02/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/03/96	31/03/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/04/96	30/04/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/05/96	31/05/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/06/96	30/06/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/07/96	31/07/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/08/96	31/08/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/09/96	30/09/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/10/96	31/10/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/11/96	30/11/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
01/12/96	31/12/96	30	143.000	4.766,67	143.000,00		
Total días		360			\$ 1.716.000	\$ 4.766,67	\$ 143.000,00
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/02/97	28/02/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/03/97	31/03/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/04/97	30/04/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/05/97	31/05/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/06/97	30/06/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/07/97	31/07/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/08/97	31/08/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/09/97	30/09/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/10/97	31/10/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
01/11/97	30/11/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/12/97	31/12/97	30	173.000	5.766,67	173.000,00		
Total días		360			\$ 2.076.000	\$ 5.766,67	\$ 173.000,00
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	204.000	6.800,00	204.000,00		
01/02/98	28/02/98	30	204.000	6.800,00	204.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	510.600	17.020,00	510.600,00		
01/04/98	30/04/98	30	861.000	28.700,00	861.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	861.000	28.700,00	861.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	861.000	28.700,00	861.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	861.000	28.700,00	861.000,00		
01/08/98	31/08/98	30	861.000	28.700,00	861.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	861.000	28.700,00	861.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	861.000	28.700,00	861.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	861.000	28.700,00	861.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	408.000	13.600,00	408.000,00		
Total días		360			\$ 8.214.600	\$ 22.818,33	\$ 684.550,00
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	473.460	15.782,00	473.460,00		
01/02/99	28/02/99	30	993.000	33.100,00	993.000,00		
01/03/99	31/03/99	30	993.000	33.100,00	993.000,00		
01/04/99	30/04/99	30	993.000	33.100,00	993.000,00		
01/05/99	31/05/99	30	993.000	33.100,00	993.000,00		
01/06/99	30/06/99	30	993.000	33.100,00	993.000,00		
01/07/99	31/07/99	30	756.000	25.200,00	756.000,00		
01/08/99	31/08/99	30	756.000	25.200,00	756.000,00		
01/09/99	30/09/99	16	756.000	47.250,00	1.417.500,00		
01/10/99	31/10/99	30	756.000	25.200,00	756.000,00		
01/11/99	30/11/99	30	756.000	25.200,00	756.000,00		
01/12/99	31/12/99	30	756.000	25.200,00	756.000,00		
Total días		346			\$ 10.635.960	\$ 30.739,77	\$ 922.193,06
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	260.100	8.670,00	260.100,00		
01/02/00	29/02/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/03/00	31/03/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/04/00	30/04/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/05/00	31/05/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/06/00	30/06/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/07/00	31/07/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/08/00	31/08/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/09/00	30/09/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/10/00	31/10/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/11/00	30/11/00	30	866.000	28.866,67	866.000,00		
01/12/00	31/12/00	30	260.100	8.670,00	260.100,00		
Total días		360			\$ 9.180.200	\$ 25.500,56	\$ 765.016,67
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	286.000	9.533,33	286.000,00		
01/02/01	28/02/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/03/01	31/03/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/04/01	30/04/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/05/01	31/05/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/06/01	30/06/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/07/01	31/07/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/08/01	31/08/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/09/01	30/09/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/10/01	31/10/01	30	1.029.000	34.300,00	1.029.000,00		
01/11/01	30/11/01	30	286.000	9.533,33	286.000,00		
01/12/01	31/12/01	30	286.000	9.533,33	286.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

Total días		360			\$ 10.119.000	\$ 28.108,33	\$ 843.250,00
Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	309.000	10.300,00	309.000,00		
01/02/02	28/02/02	30	309.000	10.300,00	309.000,00		
01/03/02	31/03/02	30	309.000	10.300,00	309.000,00		
01/04/02	30/04/02	1	10.000	10.000,00	300.000,00		
Total días		91			\$ 1.227.000	\$ 13.483,52	\$ 404.505,49

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1986	119	2,380	100,000	42,017	\$ 21.420,00	\$ 900.000,00	\$ 3.570.000,00
1987	365	2,880	100,000	34,722	\$ 21.420,00	\$ 743.750,00	\$ 9.048.958,00
1988	365	3,580	100,000	27,933	\$ 25.530,00	\$ 713.128,00	\$ 8.676.391,00
1989	269	4,580	100,000	21,834	\$ 39.310,00	\$ 858.297,00	\$ 7.696.063,00
1990	365	5,780	100,000	17,301	\$ 47.370,00	\$ 819.550,00	\$ 9.971.192,00
1991	365	7,650	100,000	13,072	\$ 54.630,00	\$ 714.118,00	\$ 8.688.436,00
1992	366	9,700	100,000	10,309	\$ 70.260,00	\$ 724.330,00	\$ 8.836.826,00
1993	365	12,140	100,000	8,237	\$ 89.070,00	\$ 733.690,00	\$ 8.926.562,00
1994	365	14,890	100,000	6,716	\$ 99.679,16	\$ 669.437,00	\$ 8.144.817,00
1995	360	18,250	100,000	5,479	\$ 119.000,00	\$ 652.055,00	\$ 7.824.660,00
1996	360	21,800	100,000	4,587	\$ 143.000,00	\$ 655.963,00	\$ 7.871.556,00
1997	360	26,520	100,000	3,771	\$ 173.000,00	\$ 652.338,00	\$ 7.828.056,00
1998	360	31,210	100,000	3,204	\$ 684.550,00	\$ 2.193.368,00	\$ 26.320.416,00
1999	346	36,420	100,000	2,746	\$ 922.193,06	\$ 2.532.106,00	\$ 29.203.623,00
2000	360	39,790	100,000	2,513	\$ 765.016,67	\$ 1.922.636,00	\$ 23.071.632,00
2001	360	43,270	100,000	2,311	\$ 843.250,00	\$ 1.948.810,00	\$ 23.385.720,00
2002	91	46,580	100,000	2,147	\$ 404.505,49	\$ 868.410,00	\$ 2.634.177,00
Total días	5541	Total devengado actualizado a				2019	\$ 201.699.085,0
Semanas Cotizadas S.C.	791,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 254.808,45
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					8,298%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a					2019
							\$ 16.737.304,00

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 16.737.304
Total	\$ 16.737.304

Fuente	Tabla del IPC - DANE.,
Observaciones	

Fecha liquidación jueves, 30 de marzo de 2023 Recibe: _____

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2020 00170 01.

Demandante: **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que la **AFP PORVENIR S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y COLPENSIONES**, así como el **GRADO JURIDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, contra la providencia que profirió el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA** adelanta contra **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., así como el realizado posteriormente a SKANDIA S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que SKANDIA S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, y a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad y a corregir su historia laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2020 00170 01.

Demandante: **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar el traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

SKANDIA S.A. (fls. 126 a 186 archivo 2020-170), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta dirigidas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 248 a 298 archivo 2020-170), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

Finalmente, mediante auto del 16 de abril del 2021 (fls. 338 a 340 archivo 2020-170), se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**

2.1. Llamamiento en garantía.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., quien se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, (fls. 343 a 435 archivo 2020-170), incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas (se aclara que las excepciones corresponden a las propuestas por Colpensiones y Skandia S.A.)

Demandante: **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la Sra. Rocio Esperanza Vargas Pedraza identificada con la C.C. (sic) 52.273.764 (C.C. correcta 52.077.001) al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, efectuado a través de Porvenir S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora Vargas Pedraza se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente, sin solución de continuidad, según lo analizado.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Skandia S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual en Skandia S.A., tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus rendimientos e intereses, incluyendo los valores que en su momento fueron descontados a título de gastos de administración, los cuales deben ser asumidos por la administradora de fondos de pensiones de su propio patrimonio. Aclara: la obligación de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., será devolver los dineros que corresponden al contrato celebrado con Skandia S.A.

QUINTO: CONDENAR a Porvenir S.A. como entidad a través de la cual se gestionó el cambio de régimen inicial, a devolver también gastos de administración que deberán ser asumidos de su propio patrimonio.

SEXTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas Skandia S.A., Porvenir S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y convalidarlos en la historia laboral de la actora, a efecto de la suma de semanas y densidad de semanas en ese régimen pensional.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas según lo resuelto. En firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada uno, por valor de \$900.000 m/cte.

NOVENO (sic): Abstener se imponer condena en costas a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

DÉCIMO (sic): Se ordena la consulta de esta sentencia con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. dijo que existen unos formularios de afiliación suscritos por la demandante, que dan cuenta que conocía las condiciones del RAIS, con lo que se acredita que los fondos accionados cumplieron con su obligación frente al deber de información, máxime cuando tal documento era lo único, que para la fecha del traslado de la actora, se le exigía a esa

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2020 00170 01.

Demandante: **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

AFP para acreditar el cumplimiento del deber de información, por lo que obligarla a aportar prueba diferente sería obligarla a lo imposible.

Señaló que la ineficacia del traslado establecida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1994 se da cuando haya actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación y dichos actos suponen dolo, esto es la intención de hacer daño y en este caso el dolo no se presenta, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y lo que podría proceder sería una nulidad relativa, la cual es objeto de saneamiento al haber operado la ratificación del acto, debido a que la actora lleva más de 20 años afiliada y cotizado al RAIS, además, la nulidad relativa es objeto de prescripción por un término de 4 años.

Solicitó revocar la condena respecto de los gastos de administración, ya que esta condena no procede, pues los descuentos por este concepto se encuentran establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y también se efectúan en el régimen de prima media, adicionalmente, no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que están sujetos a prescripción; además, el ordenar la devolución de estos conceptos configura un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones, pues no existe norma que disponga su devolución y son valores que no pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales por cuanto, reitera, no financian la pensión de vejez.

Por su parte, **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** señaló que debe tenerse en cuenta que los actos contrarios a derecho ejecutados por un tercero sin los requisitos establecidos en la ley, no le pueden ser trasladados, pues esa aseguradora recibió de buena fe el pago de la prima, máxime cuando lo que se pretende es la devolución de las primas canceladas a la aseguradora provisional por hechos en los cuales no fue participe, no conoció ni intervino en forma alguna.

Manifestó que el contrato de seguro previsional, por ley, se constituía en obligatorio, en tanto que para el cumplimiento de las obligaciones amparadas era necesario que la actora ostentara la calidad de afiliada al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2020 00170 01.

Demandante: **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

fondo, con lo que obligaba a la administradora a pagar las primas con el fin de garantizar los riesgos contratados en el seguro previsional de la afiliada.

Adujo que conforme a la ley, eran o son los fondos de pensiones los encargados del asesoramiento a la demandante, por lo que las omisiones en la asesoría sólo pueden ser atribuidos a esas entidades, por cuanto la aseguradora recibió de buena fe los valores de la prima, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la póliza provisional goza de plena validez y eficacia, sin que hubiere sido atacada por vicios del consentimiento que generaran su nulidad, por lo que dicha póliza se encuentra incólume.

Indicó que con la póliza el asegurado gozó de la cobertura, pese a que el siniestro no se materializó y que en virtud del artículo 1504 del Código de Comercio el riesgo es uno de los elementos esenciales del contrato de seguros.

Finalizó precisando que no puede generarse la devolución de la prima que se generó día a día, cuando lo que se demanda en la presente acción es una indebida asesoría que no tiene relación alguna con el contrato de seguro, sin que sea conducente reintegrar las primas so pretexto de su propia culpa y por el contrario, solicita se condene a Skandia S.A. en costas a su favor.

Finalmente, **COLPENSIONES** indicó que no debe imponérsele condena por concepto de costas, como quiera que esa entidad obró de buena fe, máxime cuando no participó en el acto jurídico de afiliación y simplemente es la entidad que administra el régimen de prima media.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la demandante, Porvenir S.A. y Mapfre S.A. para reafirmar sus argumentos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2020 00170 01.

Demandante: **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PORVENIR S.A., así como el traslado posterior que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de agosto de 1992 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 43 y 292 del archivo 2020-170; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. y luego efectuó traslado horizontal a SKANDIA S.A. el 28 de abril del 2015 (fl. 158 y 191 archivo 2020-170).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, si bien se echa de menos el formulario de afiliación y/o traslado a Porvenir S.A., no es menos cierto que en aquel formulario suscrito con Skandia S.A. el 28 de abril del 2015 (fls. 158 y 191 archivo 2020-170) se anotó que la AFP anterior de la que provenía la accionante era Porvenir S.A., además, la falta de tal documento no es óbice para dar por demostrado el deber de información que Porvenir S.A. tuvo que haber demostrado con cualquier otro de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación, máxime cuando para probar el cumplimiento de tal deber, no existe tarifa legal de prueba, por lo que la mentada AFP podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Vargas Pedraza se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (1° de mayo de 2001) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que

de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las características de los regímenes pensionales ni de las consecuencias de su traslado, pues no le hablaron de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, tampoco de los requisitos para pensionarse, acerca de la pensión anticipada, que el ahorro voluntario tiene incidencia en la pensión, ni que iba a ocurrir con sus aportes en caso de fallecimiento; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a SKANDIA S.A. el 28 de abril de 2015 (fl. 158 y 191 del archivo 2020-170), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía PORVENIR S.A., de haberle brindado en el año 2001 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

De otro lado, frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia CSJ SL 1688 de 2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen, máxime cuando el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace con base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2020 00170 01.

Demandante: **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, debe advertirse que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral quinto** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; todos estos rubros deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral quinto** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PORVENIR S.A., además de devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**,

también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

Ahora bien, respecto de la condena impuesta a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., al plenario fue allegada la póliza No. 9201411900149, (fl. 192 a 195 archivo 2020-170) cuyo tomador es Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. con un tipo de contrato por Seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, por ello, se hace necesario traer a colación el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, el cual indica que *“los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación”*, lo que implica que la póliza referida sólo se activa para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que Mapfre no tiene la obligación de cubrir condena alguna procedente de esta litis, además, la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las AFP del RAIS, razón por la que ha de REVOCARSE la condena impuesta a MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., para absolver a dicha sociedad.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, frente a las costas impuestas a Colpensiones, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral quinto** de la sentencia a fin de:

1.1. ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver SKANDIA S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.** Igualmente, se ADICIONA el aludido numeral, en el sentido de establecer que PORVENIR S.A., además de devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** también deberá devolver los rubros pagados por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 017 2020 00170 01.

Demandante: **ROCIO ESPERANZA VARGAS PEDRAZA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

2.2. ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. de las condenas impuestas en su contra, conforme lo expuesto en el cuerpo de esta providencia.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

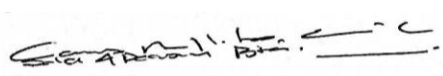
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00375-01.

Demandante: **AMPARO JUNCA GUERRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que la AFP **PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de mayo de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, en proceso ordinario laboral que **AMPARO JUNCA GUERRERO** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

La demandante solicitó que se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.; en consecuencia, que PROTECCIÓN S.A. traslade aportes, rendimientos, y gastos de administración; que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional y recibir los valores aludidos.

Demandante: **AMPARO JUNCA GUERRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, apoyado de varios precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia.

2. Respuesta a la Demanda.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A** (fls. 140 a 244 del archivo 15) y **COLPENSIONES** (fls. 544 a 584 del archivo 17), se opusieron a las pretensiones de la demanda, formularon las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El *A Quo* dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la demandante al R.A.I.S. con **PROTECCIÓN S.A.**, y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo, a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A** a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a volver a afiliar a la actora al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a **PROTECCIÓN S.A.**

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a **PROTECCIÓN 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**.

4. Argumentos de las Recurrentes.

COLPENSIONES señaló que el traslado se realizó de conformidad con las leyes y/o normatividad vigente para la época; que no podría generarse ningún tipo de afectación por no ser parte en el traslado efectuado por la demandante, puesto que de ser así, se podría estar incurriendo en una descapitalización financiera por no tenerse reservas legales y fiscales para poder asumir la mesada pensional; que la demandante no podría resultar subsidiada a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados en el régimen de prima media; que no se acreditó ningún tipo

de engaño; que del interrogatorio de parte, es dable colegir que fue decisión autónoma de la demandante permanecer en el R.A.I.S por el gozo de una pensión heredable en caso del fallecimiento; que en caso que fuese confirmada la sentencia, sea autorizada para obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante; y que en segunda instancia no se impongan costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta el principio de buena fe.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** indicó que cumplió con las normas y leyes vigentes al momento del traslado; que al ordenar el traslado de los aportes de la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros y gastos de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa, ya que, estos no tendrían como finalidad financiar la pensión de vejez de la demandante; que frente a los gastos de administración opera el fenómeno de la prescripción; que la prima de seguro previsional se encuentra girada a una aseguradora en caso de un posible siniestro, sobrevivencia o invalidez; que los anteriores pagos fueron realizados mes a mes cumpliendo con sus presupuestos legales; que al ordenarse dicha devolución de aportes se estaría generando perjuicios contra el patrimonio y se desataría una responsabilidad civil sin fundamentos y sin demostración del hecho generador.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Luego, se corrió traslado para alegar de conclusión, el cual solo fue presentado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Así, evidencia la Sala que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 06 de junio de 1990 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 116 a 119 del archivo 09; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. el 11 de agosto de 1994 (fl.177 del archivo 15).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJ SL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJ SL1688-2019, la Corte indicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 172 del archivo 12, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 11 de agosto de 1994 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Junca Guerrero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (11 de agosto de 1994) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora de PROTECCIÓN S.A. le señaló que su mesada pensional sería en términos similares a los reglamentados por COLPENSIONES, que se realizaría la liquidación para su mesada pensional con los aportes realizados en los diez últimos años de trabajo, que si no tenía hijos o esposo, algún familiar podría heredar sus aportes; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte

Demandante: **AMPARO JUNCA GUERRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ los numerales primero y segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos, intereses, rendimientos y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión**

Demandante: **AMPARO JUNCA GUERRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

mínima y con destino a seguros previsionales; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, se considera frente al argumento atinente a que en caso que fuese confirmada la sentencia, sea autorizada COLPENSIONES para obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante, que dicha entidad se encuentra libertad de acudir a los mecanismos legales consagrados en el ordenamiento jurídico para lograr el resarcimiento de perjuicios que considere se causaron en su contra.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **AMPARO JUNCA GUERRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales primero y segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos, intereses, rendimientos y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bono pensional, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2021-00375-01.

Demandante: **AMPARO JUNCA GUERRERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

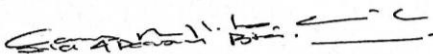
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 041 2021 00208 01.

Demandante: **FLAVIO DE JESÚS PÉREZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

La Sala decide los **RECURSOS DE APELACIÓN** que la **AFP PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, interpusieron contra la providencia que profirió el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de abril de 2022, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, en proceso ordinario laboral que dentro del proceso ordinario laboral que **FLAVIO DE JESÚS PÉREZ GARCÍA** adelanta contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad de la vinculación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A.. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a Protección S.A. enviar a Colpensiones el valor de los saldos o aportes pensionales consignados en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus respectivos rendimientos y cobros de administración; y a esta última a aceptar el traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 041 2021 00208 01.

Demandante: **FLAVIO DE JESÚS PÉREZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

2. Respuesta a la Demanda.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (Archivo 18), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 19), de igual manera se opuso a las pretensiones de la acción, presentando, dentro de las excepciones que consideraba tener a su favor, la de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** (Archivo 20), también presentó oposición a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

3. Providencia Recurrida.

El **a quo** dictó sentencia condenatoria en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por Flavio de Jesús Pérez García del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de la AFP Protección S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Demandante: **FLAVIO DE JESÚS PÉREZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor del demandante, en la suma de un millón de pesos m/cte (\$1.000.000). (...)

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A., señaló que dentro del proceso se demostró que el demandante recibió una información por parte de un asesor de Porvenir S.A. que precedió a su traslado, que el contenido del formulario de afiliación se encuentra establecido en la ley y la AFP no podía plantear su contenido, que el mismo es un documento público que se presume auténtico; adujo que el deber de información regulado en el Decreto 663 de 1993 se refiere a quien ya tiene la calidad de afiliado y al momento del traslado el demandante ostentaba la calidad de usuario, por lo que esta norma no le era aplicable y que, de ser aplicable, esta contiene unos deberes en cabeza del consumidor financiero, las cuales fueron omitidas por el actor.

Señaló que deben tenerse en cuenta las condiciones personales del accionante, quien podía entender el contenido de los actos jurídicos que estaba suscribiendo, que la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 supone un dolo o intención de generar daño, el cual no fue acreditado en este caso, por lo que lo acreditado sería un error razón por la cual lo único que cabría sería la nulidad del acto jurídico de traslado, frente al cual opera el saneamiento por ratificación y el demandante ha estado afiliado por más de 25 años al RAIS, además de habersele brindado una re-asesoría por parte de Protección S.A.

Finalmente, solicitó la absolución de la condena en costas, por cuanto no existe razón fáctica ni jurídica para condenarla por este concepto.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** indicó que no debe condenársele a devolver la comisión de administración y las primas de seguro previsional de manera indexada, ya que la comisión de administración es un descuento ordenados por la ley, que se demostró que los aportes del demandante obtuvieron ganancias frente a lo ahorrado, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por ese fondo, además, su devolución

constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, máxime cuando se le están trasladando los rendimientos financieros fruto de la buena gestión de administración, lo que faculta a la AFP a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor, adicionalmente, expuso, este concepto es susceptible de prescripción al ser un concepto de tacto sucesivo que no financia la pensión.

Adujo que tampoco deben trasladarse los conceptos descontados por prima de seguro previsional, ya que ese porcentaje fue sufragado a una compañía aseguradora que cumplió con su deber contractual, además que ese dinero no reposa en las ganancias de la AFP y tampoco financia la pensión del demandante.

Finalmente, **COLPENSIONES** señaló que el deber de información no es solo de una vía por lo que los usuarios del sistema deben estar al tanto de recibir o tener la información adecuada y pertinente, que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que este tipo de fallos quebrantan el principio de sostenibilidad financiera del sistema al ordenar que se asuma un presupuesto, que no se tiene, para suplir las contingencias que se derivan de estos fallos.

Manifestó que esa entidad siempre actuó de buena fe por lo que no habría lugar a condena en costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 041 2021 00208 01.

Demandante: **FLAVIO DE JESÚS PÉREZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *eiusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por el demandante a PORVENIR S.A.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *eiusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el demandante, estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 1° de febrero de 1981 presenta aportes en tal régimen (fl. 81 archivo 19); se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., el 06 de mayo de 1994 (fl. 35 archivo 01 y fl. 90 archivo 18), y posteriormente efectuó traslado a Colmena hoy Protección S.A. el 12 de diciembre de 1994 (fl. 27 y 92 archivo 19).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte

acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 35 del archivo 01 y 90 del archivo 18, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 06 de mayo de 1994 con la AFP PORVENIR S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que el señor Pérez García se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (06 de mayo de 1994) el fondo privado tenía la obligación de brindarle al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra obtenerse una confesión tendiente a acreditar que el demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

De otro lado, debe decirse que, conforme las consideraciones jurisprudenciales aquí expuestas, con la re-asesoría brindada por Protección S.A. el 18 de diciembre de 2013, tampoco se logran los efectos anhelados con la apelación, pues la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad y tampoco el acto jurídico de traslado puede entenderse saneado por el paso del tiempo, pues, conforme la sentencia CSJ SL1688 de 2019, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, resultando equivocado analizar este asunto bajo la figura de las nulidades sustanciales, exigiéndole al demandante demostrar la existencia de vicios del consentimiento, ya que el legislador expresamente consagró la forma en la que el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJSL1688-2019).

De otro lado, respecto de lo reseñado por Porvenir S.A. y Colpensiones en su recurso, referente a que el actor, como consumidor financiero tenía el deber de asesorarse, si bien ello resulta cierto en los términos del literal b) del artículo 6 de la Ley 1328 de 2009, ello no suple la obligación que tenía la AFP de brindarle al afiliado la información en los términos antes expuestos al momento de realizar su traslado.

Respecto de del argumento presentado por Colpensiones referente a que el actor se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, en sentencia CSJSL 1452-2019, se expuso que la regla jurisprudencial es que las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si está próximo o no a pensionarse, pues la

violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así mismo, necesario resulta precisar que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo el actor, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, con lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el actor efectuó traslado entre administradoras del RAIS, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta, ordenar a PORVENIR S.A., AFP que en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 041 2021 00208 01.

Demandante: **FLAVIO DE JESÚS PÉREZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

demandante, la devolución de los dineros descontados por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Así mismo, se **DISPONDRÁ** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, y en lo que respecta a las costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., se considera dable su imposición al resultar vencidas en juicio, según los lineamientos del artículo 365 del C.G.P.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 041 2021 00208 01.

Demandante: **FLAVIO DE JESÚS PÉREZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, **los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, los referidos conceptos a cargo de **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 041 2021 00208 01.

Demandante: **FLAVIO DE JESÚS PÉREZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS.**

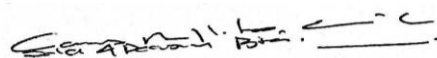
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00750 -01.

Demandante: **BLANCA STELLA DÍAZ MONTAÑA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **BLANCA STELLA DÍAZ MONTAÑA** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, que PORVENIR S.A. traslade los saldos o aportes que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual; reembolsar los cobros y gastos de administración descontados; y que COLPENSIONES acepte su vinculación, como si nunca hubiera existido traslado de régimen pensional, recibiendo los valores aludidos.

Demandante: **BLANCA STELLA DÍAZ MONTAÑA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Respuesta a la Demanda.

COLPENSIONES (fls. 132 a 175 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 184 a 209 del archivo 01), asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** (archivo 06), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto a la afiliación realizada a la actora el 23 de abril de 2001, por parte de COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que la actora actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la actora, al R.P.M.P.D. e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar los dineros descontados a la demandante por cuotas de administración, al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliado en cada una de ellas.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas.

Demandante: **BLANCA STELLA DÍAZ MONTAÑA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de 2 S.M.L.M.V. a cargo de PORVENIR S.A. 3 S.M.L.M.V. a CARGO de COLFONDOS S.A. para cada una y en favor de la demandante. Sin costas para COLPENSIONES.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PORVENIR S.A. dijo que no existen razones fácticas o jurídicas para establecer la ineficacia del traslado de la demandante, ya que, la decisión de la actora fue libre, espontánea, y de conformidad con las normas que se encontraban vigentes para la fecha en que se produjo; que en suma, la actora recibió suficiente información y firmó formulario aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; que en el traslado horizontal, la demandante también recibió información suficiente y veraz; que no es coherente que se devuelvan gastos de administración, pues en tal orden de ideas, los frutos generados también deberían ser devueltos, por demás que dichos valores tienen una destinación específica, la Superintendencia Financiera ha señalado que el traslado de recursos debe realizarse conforme a la norma específica sobre el tema, no siendo dable incluir conceptos que este tiene; y que al no imponerse lo anterior, no es dable reconocer costas.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que la actora no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional, que no se acreditó ningún tipo de engaño, por demás que del interrogatorio de parte es dable colegir que comprendía el funcionamiento del R.A.I.S.; y que el traslado de forma libre y voluntaria, firmándose el correspondiente formulario de afiliación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita

al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a COLFONDOS S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella

persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 08 de marzo de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 110 a 116 del archivo 06; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 23 de abril de 2001 (fl.95 del archivo 01).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede

Demandante: **BLANCA STELLA DÍAZ MONTAÑA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 95 del archivo 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23 de abril de 2001 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Díaz Montaña se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (23 de abril de 2001) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora de COLFONDOS S.A. le señaló que el I.S.S. se acabaría, y que tendría mejores garantías del fondo privado, tales como pensionarse con una mesada pensional superior; luego, de tales

manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 07 de diciembre de 2002 (fl.246 del archivo 01), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía COLFONDOS S.A., de haberle brindado en el año 2001 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Demandante: **BLANCA STELLA DÍAZ MONTAÑA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral quinto** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral quinto** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A., además de devolver las sumas descontadas por **gastos de administración**, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

Demandante: **BLANCA STELLA DÍAZ MONTAÑA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, frente a las costas, estas se confirmarán como quiera que se imponen a la parte vencida por disposición del artículo 365 del C.G.P.

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral quinto** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración, también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.** Igualmente, se **ADICIONA** el aludido numeral, en el sentido de establecer que COLFONDOS S.A., además de devolver las sumas descontadas por **gastos de administración,** también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00750 -01.

Demandante: **BLANCA STELLA DÍAZ MONTAÑA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

DISPONER que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

SEGUNDO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

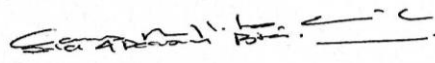
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



Carlos Alberto Cortés Corredor

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00352 -01.

Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN**, así como se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la providencia proferida por Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ELENA MARTÍNEZ PINEDA** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó dentro del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., así como los traslados horizontales efectuados con posterioridad. Como consecuencia de lo anterior, que se declare que siempre estuvo válidamente afiliada a COLPENSIONES, y que se condene a PORVENIR S.A. trasladar todo lo ahorrado dentro de su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, intereses y frutos generados, gastos de administración, y demás rubros recibidos.

Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

2. Respuesta a la Demanda.

PROTECCIÓN S.A. (archivo 06), se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 08), también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo la de prescripción.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (archivo 09), asimismo se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, incluyendo las de prescripción y compensación.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación o traslado de la actora al R.A.I.S. por **PROTECCIÓN S.A.**, y por ende a **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver o trasladar a **COLPENSIONES**, con motivo de la afiliación de la demandante, todos los valores que hubiese recibido, entre el 01 de septiembre de 1995 al 31 de marzo de 2004, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexadas desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza el descuento del dinero que trasladó a **PORVENIR S.A.** con ocasión del traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de abril de 2004.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

CUARTO: DECLARAR que la demandante se encuentra afiliada al régimen de primera media administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por **COLPENSIONES**.

Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A.

4. Argumentos de las Recurrentes.

PROTECCIÓN S.A. dijo que en lo que respecta a gastos de administración, debe tenerse en cuenta que fueron descuentos realizados de conformidad con la ley, que se hizo una buena gestión de administración, y que constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, ya que, dicho rubro no está destinado a cubrir la pensión de vejez de la demandante, no hace parte de la cuenta de ahorro individual, y se recibiría un capital por un capital que nunca administró; que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas se retrotraigan a su estado anterior, se estaría desdibujando las consecuencias mismas de esta figura, pues no se estaría teniendo en cuenta la gestión que realizó, debiéndose devolver en virtud de las restituciones mutuas; que frente al cobro de seguro previsional, este fue girado en su momento, por lo que, se encuentra imposibilitada para lograr su pago, por demás que se pagó a un tercero de buena fe; y que frente a estos rubros opera la excepción de prescripción.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** adujo que conforme criterio de la Superintendencia Financiera sólo es dable devolver aportes y rendimientos, máxime si se tiene en cuenta que recibió la afiliación de la accionante por un traslado horizontal, administró debidamente dicha afiliación, se han generado rendimientos, que estos aumentaron tal capital, y la actora estuvo cubierta en caso de muerte o invalidez; que por lo anterior, se genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien además no ha generado ninguna gestión, y el valor que se reciba por concepto de gastos de administración no está destinado a cubrir la pensión de vejez; que frente a estas sumas es aplicable la excepción de prescripción.

Finalmente, **COLPENSIONES** señaló que no existen elementos que permitan establecer vicios de consentimiento ni dolo; que la actora se encontraba inmersa dentro de la prohibición de traslado; que la simple inconformidad del valor a recibir no es prueba del incumplimiento de los deberes de los fondos privados, especialmente, del deber información; y que

lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la accionante en relación con su correspondiente traslado de régimen.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y, en virtud del artículo 69 *ejusdem* se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Resulta ineficaz el traslado efectuado por la demandante a PROTECCIÓN S.A., así como los traslados posteriores que realizó dentro del R.A.I.S.?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

De la ineficacia del traslado.

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones,

Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 *ejusdem*, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que la demandante, estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 26 de julio de 1994 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 42 a 45 del archivo 08; y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de septiembre de 1995 (fl.27 del archivo 06).

De esta manera, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional (09 de septiembre de 2008, Rad. 31989); la que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiéndose a los interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad (CSJSL17595- 2017).

En ese mismo sentido, en sentencia CSJSL1688-2019, la mentada Corporación expuso que las A.F.P., desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que por lo anterior, los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, sin perder de vista que este desde un inicio existía.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la CSJSL1688-2019 se adujo que si el afiliado es quien alega que no recibió la información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca, de modo que, corresponde a su contraparte acreditar que sí brindó dicha información, más aún si se tiene en cuenta que es quien está en mejor posición de hacerlo.

Así las cosas, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, de manera que estas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 27 del archivo 05 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19 de septiembre de 1995 con Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la CSJSL4426-2019, quien ha expuesto que *“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”*

Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, si bien para la época en que la señora Martínez Pineda se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (19 de septiembre de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario con ninguno de los medios probatorios recaudados; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que la asesora de Colmena Cesantías y Pensiones le señaló que en este fondo sí se pensionaría porque el I.S.S. se iba a acabar, que únicamente le hablaron que sus aportes del I.S.S. los iban a mandar al fondo privado, y que contaría con una cuenta de ahorro individual; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, y en cuanto al nuevo traslado de la actora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A. el 27 de febrero de 2004 (fl.82 del archivo 09), es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., de haberle brindado en el año 1995 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (CSJSL6588-2021).

Así mismo, se hace menester advertir que con la decisión que se toma no se está generando la descapitalización del fondo ni la afectación al principio de sostenibilidad financiera, pues según criterio expuesto por la CSJSL3464-2019, puesto que las A.F.P. tienen el deber de devolver al

Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con lo que se financiará la pensión.

Finalmente, es menester advertir que se deben devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación. En sentencias CSJSL1421-2019, CSJSL638-2020, y CSJSL2877-2020, se señaló que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido; que la A.F.P. tiene en su cabeza la obligación de 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.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que se hubieren cobrado a cargo de todos los fondos en que estuvo la actora, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por lo que, resulta dable en grado jurisdiccional de consulta su inclusión (CSJSL2173-2022). En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PORVENIR S.A., además de devolver las sumas descontadas por los aportes, rendimientos, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los

Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Así mismo, se **DISPONDRA** que, para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (CSJSL1688-2019).

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los demás valores que deben ser devueltos, como los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de a fin de ADICIONAR que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

SEGUNDO. –. **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PORVENIR S.A., además de devolver las sumas descontadas por los aportes, rendimientos, y gastos de administración también deberá devolver los rubros pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, seguros previsionales, y para la garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Igualmente, se adiciona el numeral aludido en el sentido de **DISPONER** que para el momento del cumplimiento de la presente sentencia, **los referidos conceptos a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, I.B.C., aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

TERCERO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00352 -01.
Demandante: **ELENA MARTÍNEZ PINEDA.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

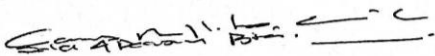
Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00230 -01.

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la providencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud el 22 de septiembre de 2022, dentro del proceso sumario laboral que **ANA PÉREZ DE ROMERO** promoviese contra **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

II. ANTECEDENTES

Previamente, se ACEPTA el impedimento presentado por el Doctor DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN para conocer del presente asunto, como quiera que participó como integrante de la Sala en la sentencia de tutela en la que fungió como ponente el Doctor David Alberto Correa Steer el 27 de septiembre de 2018 (fls. 27 a 36 del archivo 01), y en donde se amparó el derecho fundamental de la salud de la demandante.

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

1. Pretensiones y Hechos.

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se reconozca y pague el medicamento Transtec Parches 5x5 que asumió de su propio patrimonio en agosto y septiembre de 2018, abril y mayo de 2019, por la suma de \$1'800.000; se cumpla a cabalidad los derechos otorgados mediante sentencia con radicado 110013105004201800493-01, respecto a los exámenes que requiere y el suministro de medicamentos y tratamientos para su recuperación en condiciones óptimas; y que se debe dar aplicación a las funciones sancionatorias que le otorga la Ley 1949 de 2019.

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

1) Se encuentra afiliada a salud al sistema de salud de la Policía Nacional, en condición de cónyuge supérstite del señor José Medias Romero Linares; **2)** Cuenta con 85 años de edad; **3)** En enero de 2007 fue diagnosticada con *“Hipercaptación y Mala Definición a lo Largo de la Columna en Especial Lumbar Alta y Escoliosis de Cavidad Izquierda y Escoliosis Dorsal de Cavidad Derecha”* de naturaleza degenerativa y una *“Hernia Discal en L5-S1”*, por lo que, se le prescribió en los últimos años *“Buprenorfina Parches Transdemicos de 35 MCG (Transtec 35 MCG0)”*; **4)** Desde el 2017 se ha incumplido con la entrega de los medicamentos, motivo por el que ha elevado múltiples derechos de petición; **5)** El 27 de septiembre de 2018 mediante sentencia dentro del proceso 110013105004201800493-01 ordenó a la demandada continuar con los exámenes necesario que requería, así como con el suministro de medicamentos y tratamientos que le garanticen recobrar su salud; **6)** La E.P.S. no ha entregado los medicamentos necesarios para tratar sus dolores, en especial de la *Buprenorfina Parches Transdemicos de 35 MCG (Transtec 35 MCG0)”*, correspondientes al mes de agosto de 2018 y mayo de 2019, aunque estaban debidamente recetados por el médico tratante, por lo que, debieron ser adquiridos de manera particular por los intensos dolores que presentaba; **7)** Atendiendo las obligaciones impuestas por el Tribunal Superior de Bogotá se solicitó el reembolso del valor de los medicamentos, sin embargo, la entidad se negó en primera instancia y, posteriormente, realizó un pago parcial por \$273.264; y **8)** Durante los últimos tres años la E.P.S. no ha cumplido a cabalidad con los procedimientos, medicamentos, exámenes,

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

pago y demás procesos necesarios de manera completa y continua para que sea tratada su condición de salud.

2. Respuesta a la Demanda.

DIRECCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL (archivo 5 de la carpeta 07), se opuso a las pretensiones de la demanda. No propuso excepciones de mérito.

Adujo que los reembolsos por servicios médicos se presentan cuando se está frente a una atención de urgencias, una atención ha sido autorizada por la E.P.S. y, en casos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la E.P.S. para cubrir atenciones de salud requeridas; que el valor a reconocer por cada medicamentos es el valor establecido dentro el Manual de Tarifas S.O.A.T.; y que están sometidos al principio de legalidad, y las resoluciones que regulan los reembolsos del sistema de salud dentro de la Policía Nacional.

3. Providencia Recurrida.

El **A Quo** dictó sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

(...) SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión de reconocimiento económico.

TERCERO: ORDENAR a LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL, reconocer y pagar a favor de la actora la suma de \$1'766.100, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

Para arribar a la anterior decisión, señaló que en virtud de las valoraciones médicas de la demandante, así como que cuenta con la edad de 83 años, es dable establecer que padecía de varios diagnósticos complejos entre los que se encontraba el “*dolor crónico lumbar*”, para lo cual se le formuló un plan de manejo con analgésicos, prescribiéndose un parche de buprernorfina; que al no estar este medicamento en el plan de beneficios de salud, su valor eran autorizados por Comité Técnico Científico, razón por la que se presentaron demoras en su entrega; que fue por lo anterior, que se interpuso acción de tutela que ordenó el reconocimiento de tales

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

medicamentos; que pese a lo anterior, no se ordenó el medicamento por el periodo de abril y mayo de 2019, excediéndose el término de dos meses frente a la aprobación del parche, por lo que es claro que había una evidente inoportunidad en su suministro, de manera que resultaba comprensible que se hubiere pagado de forma particular; que la factura allegada para demostrar un pago es ilegible, por lo que, no es dable tenerla en cuenta; que la parte actora manifestó que se le hizo un pago por valor de \$273.900, valor que es dable descontar al valor de los parches que asciende a \$2'040.000; y que excede sus facultades ordenar el cumplimiento de la tutela, pues esta contiene sus propios mecanismos de protección.

4. Argumentos de la Recurrente.

LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL dijo que se ha demostrado que posterior a la acción se ha dado cabal cumplimiento a esta; que la entrega de medicamentos se realizó dentro de los plazos pactados como se evidencia en la comunicación GS-2022-437108/ARGES RASES; que si bien existía un incumplimiento de 12 meses para el suministro del medicamento, se reconoció el gasto sufragado por la demandante, teniendo en cuenta las tarifas que estaban pactadas y el valor unitario de cada parche; que nunca se realizó solicitudes de reembolso de cuatro facturas de 2018; y que por lo anterior, se está frente a una decisión *extra petita*, pues se condenó a pagar unos valores que no fueron requeridos en sede administrativa (archivo 02 de la carpeta 09).

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Hay lugar al reembolso del valor que fuere pagado por la demandante respecto del medicamento que asumió de su propio patrimonio, Transtec Parches 5x5? y, ¿se incurrió en una decisión *extra petita*?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Medicamentos en el Sistema de Salud de los Miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional.

El Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. En este desarrollo legislativo se consagró, de un lado el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial y obligatorio, el cual **debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud**, tal y como lo dispone el artículo 2° de la citada normatividad.

Ahora bien, el sistema de salud de los miembros de la fuerza pública y de la policía nacional se trata de un régimen excluido de la Ley 100 de 1993 por disposición de su artículo 279, por lo que, es necesario remitirse al Decreto 1795 de 2000 “*Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*”. El aludido decreto estableció en el artículo 6°, que dicho sistema estaría regido por los principios de calidad, ética, eficiencia, universalidad, solidaridad, protección integral, equidad, autonomía, descentralización y desconcentración, integración funcional, independencia de los recursos, atención equitativa y preferencial,

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

racionalidad y unidad. Asimismo, el artículo 27 *ejusdem* señala en desarrollo del principio de integralidad que, “*cubrirá la atención integral para los afiliados y beneficiarios del SSMP en la enfermedad general y maternidad, en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación*”.

Por otra parte, en sentencias como la T-801 de 1998, T-1178 de 2008, T-352 de 2010, T-925 de 2011, T-024 de 2014, T-252 de 2017, y T-066 de 2020, por mencionar algunas, se desarrolló un criterio encaminado a **proteger de manera especial y reforzada a las personas de la tercera edad**, en el que la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y por la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del P.O.S. que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento (T-066 de 2020).

Al punto, se precisa que el concepto de adulto mayor difiere del de la persona de la tercera edad, pues el primero es quien supera la edad de 60 años, y el segundo, es quien además de ser adulto mayor ha superado la expectativa de vida, la que actualmente se encuentra en 76 años y para la época de los hechos en 74 años (T-013 de 2020).

Por tanto, y en consideración de lo anteriormente expuesto se considera que le asiste razón a la demandante en solicitar el reembolso de los medicamentos que pagó de su propio patrimonio, puesto que estos eran de carácter prioritario al estarse frente a una persona que tenía una especial protección, pues contaba según la documental de folio 40 del archivo 01 con 84 años y 12 días para el mes de agosto de 2018- data del primer medicamento que no fue reconocido por parte de la demandada-, por demás que estos medicamentos eran indispensables para mitigar las patologías que padece, tal y como fue asentando en la sentencia de tutela proferida por el

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00230 -01.

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral el 27 de septiembre de 2018 (fls. 27 a 36 del archivo 01).

Aunado a ello, el galeno Hernando Enrique Quevedo Martínez, rindió informe por requerimiento de la Superintendencia de Sociedades, señalando lo siguiente:

“Con los documentos introducidos al expediente J-2020-0385 evidencio de la Dirección de Sanidad Policía Nacional las conductas de negativa injustificada y negligencia demostrada para cubrir las obligaciones legales de aseguramiento en salud para con la usuaria ANA PÉREZ DE ROMERO durante la fecha de los hechos objeto de la presente acción de reconocimiento económico, por NO garantizar la prestación efectiva y oportuna del servicio de salud “entrega periódica, oportuna y continua del medicamento denominado BUPRENORFINA PARCHES DERMICOS en cantidad de 10 en cada entrega”, del tratamiento médico para el DOLOR LUMBAR Y ARTICULAR CRÓNICO SEVERO que evidencia el numeral 2 del presente informe técnico de reconocimiento, y los registros médico asistenciales que registra la historia clínica entregada por la Entidad Dirección de Sanidad de la Policía Nacional al apoderado de la acá demandante, además porque sometió a la usuaria a señora ANA PÉREZ DE ROMERO persona con triple protección constitucional reforzada y protegida por convenciones internacionales además con protección del Tribunal mediante sentencia de tutela, hechos que no disuadieron a la Dirección de Sanidad de la Policía para imponer carga injusta al no hacer entrega oportuna y continua del medicamento BUPRENORFINA PARCHES TRANSDERMICOS, a pesar que el Comité de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional “había autorizado la entrega a la usuaria” (...). Resalto que además de NO hacer entrega del medicamento BUPRENORFINA, un reembolso que la Dirección de Sanidad informa autorizó a la usuaria, el valor reconocido no acató la normatividad especial y justifica la práctica no autorizada en que reconoce el medicamento sobre tarifa de un contrato donde la usuaria no es parte contratante, con presunto ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA a favor de la Dirección de Sanidad y alejado del hecho que el valor del medicamento con factura de venta de adquisición registra por valor de \$768.000 y abusivamente sin justificación legal la Dirección de Sanidad de la Policía decide reconocer una tercera parte del valor pagado por la usuaria, únicamente \$273.264”.

Igualmente, considera la Sala que la decisión de la accionante no fue caprichosa, pues ante el cuadro clínico que presentaba, esto es, Linfoma no Hodgkin B Difuso Célula Grande Fenotipo Activado, Neoplasia Linfoide, Hipertensión Arterial, Hipotiroidismo (fls. 27 a 36 del archivo 01), así como un Dolor Lumbar y Articular Crónico Severo, lo prudente era que la accionada realizara todos los trámites y procedimientos necesarios para lograr la protección del derecho fundamental a la salud de la accionante, no obstante, y contrario a ello, no se observa que hubiere efectuado la entrega de los correspondientes medicamentos requeridos por la accionante,

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

debiendo ésta comprarlos de su propio patrimonio el 31 de octubre de 2019, (archivo 02 y 03 de la carpeta 07), esto es, cinco meses después de la fecha en que debió haber sido reconocido el último medicamento pretendido, es decir, el que correspondía a mayo de 2019.

Así las cosas, no puede considerarse que la situación de salud de la accionante fue asumida por parte de la accionada con la seguridad que precisa la problemática que se presentaba, ya que del recuento jurisprudencial relatado, es claro que el tratamiento no sólo debía efectuarse de forma integral sino también que debía brindarse sin ningún tipo de obstáculos, pues la omisión de la entidad prestadora del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento (mirar sentencias T- 745 de 2009, T- 437 de 2010, y T-199 de 2013).

En este punto, se hace necesario resaltar que si bien la accionada señala en su impugnación que no se solicitó el reembolso del valor pagado por concepto de algunos medicamentos, lo cierto es que, el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral el 27 de septiembre de 2018, dispuso su tratamiento integral, lo que implica “recibir” todos los tratamientos relacionados con este de manera rápida y ágil, por lo que, en tal entender era imprescindible para proteger la salud y vida de la accionante, que esta recibiera los correspondientes medicamentos de forma pronta, pues su situación era de carácter prioritario; recuérdese que el artículo 13 de la Ley 1171 de 2007 por medio de la cual se establecen unos beneficios a las personas adultas mayores establece que cuando no se suministre de manera inmediata medicamentos formulados a las personas mayores de 62 años, deberá garantizar su entrega en el domicilio del afiliado dentro de las 72 horas siguientes, salvo si esta es de extrema urgencia.

Conforme lo explicado en precedencia la Sala, al no brindarse los medicamentos de la manera más rápida y oportuna, es dable deprecar una negativa injustificada o negligencia demostrada de la accionada.

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

Por otra parte, la entidad accionada señala en su impugnación que el gasto sufragado por la demandante se hizo las tarifas que estaban pactadas y el valor unitario de cada parche. Al punto, la Sala acude a la documental obrante en el archivo 02 y 03 de la carpeta 07, en donde se observa que el referido pago se fundamenta en una tarifa establecida dentro del contrato n° 87-8-2009-18 celebrado con la U.T. Medipol 16; acuerdo que es particular y privativo de las partes que hicieron parte de este, por lo que, no era dable imponer con base en este una tarifa a un tercero, como un afiliado que ninguna participación tuvo en las cláusulas que allí se pactaron.

Finalmente, aduce la parte demandada que se incurrió en un fallo *extra petita*, pues en ningún momento se agotó reclamación administrativa frente a los medicamentos de las facturas de 2018. Al punto, sea lo primero aclarar que una condena *extra petita* está referida a una decisión que realiza el juzgador más allá de lo pedido, no obstante, en la demanda claramente se identificó frente a 2018 que se requerían los medicamentos pagados en agosto y septiembre de dicha anualidad.

Esclarecido lo anterior, y frente a la reclamación administrativa el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece que las etapas del proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, prevalecerá la informalidad. Lo dicho, no quiere decir que se pueda alegar en cualquier momento una presunta falta de competencia, pues en todo caso debe tenerse presente las posibilidades que tienen las partes para alegar las irregularidades que pueden existir en el juicio so pena de que estas puedan quedar saneadas.

Por tanto, y dados que es abundante la jurisprudencia en cuanto a que, la falta de dicho presupuesto procesal debe ser alegado a más tardar en la contestación de la demanda (CSJ SL1054-2018 y CSJ2150-2021, al guardarse silencio y no advertirse la presunta existencia de tal anomalía procedimental, es claro que de existir tal irregularidad está se encuentra saneada.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00230 -01.

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

IV. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

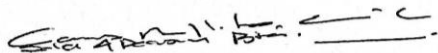
Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2023-00230 -01.

Demandante: **ANA PÉREZ DE ROMERO.**

Demandado: **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA
DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL.**

Impedido

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR