



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FANNY CHOCONTA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 002 2018 00504 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de marzo de 2023.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como expresamente fue admitido y como se leer del formulario de afiliación con la contestación de demanda, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, el cual es un medio probatorio que demuestra la libertad y el consentimiento informado de la actora al momento de realizar su afiliación.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Colmena hoy Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, junto con los rendimientos causados tal y como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada como cotizante dependiente al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de julio de 1987 hasta el mes abril de 1998, que se trasladó a Colmena hoy Protección S.A., el 25 de marzo de 1998, sin que el asesor del fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 1603, 1502, 1508 y 1746 del Código Civil, los artículos 25, 26,27,28 del Código de Procedimiento del Trabajo y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado 31989 del 2008 y 12136 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado efectuado por la demandante en el año 1998 se encuentra valido, en virtud de que suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación, acto que se realizó de forma libre y espontánea. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante fue completamente valido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de marzo de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por la demandante FANNY CHOCONTÁ identificada con cédula de ciudadanía No. 51.894.985, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP COLPATRIA hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 22 de agosto de 1994 y consecuentemente el traslado horizontal realizado a COLMENA ING hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, el 25 de marzo de 1998, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante FANNY CHOCONTÁ identificada con cédula de ciudadanía No. 51.894.985, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como

válida la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Prima Media el 02 de mayo de 1990, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma total de \$300.000, a cargo de éstas.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia sobre una serie de obligaciones y deberes de los fondos de pensiones relacionados con el deber de información, en sentencias tales como SL 9447 de 2017 y la sentencia SL4373 de 2020 entre otras; señala que la elección de régimen pensional debe ser libre y voluntaria precedida de una asesoría de una ilustración completa, diáfana y comprensible sobre las consecuencias tanto positivas como adversas que la decisión pueda acarrear para el futuro pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia al considerar que existe indebida valoración probatoria teniendo en cuenta que existen diferentes elementos probatorios que se aportaron al proceso que permiten establecer que se brindó una asesoría precontractual a la hora de protocolizar el acto de vinculación, resaltando que no todos los casos de ineficacia son iguales y en ese caso existen actos de relacionamiento, confesión, pre asesoría precontractual, doble asesoría y las documentales en la cual se determina que con los formularios de afiliación la voluntad de permanecer en el régimen, por ello resalto que debe tenerse en cuenta las sentencias C-1024 de 2004, la SU-062 de 2010 y la SU- 130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 22 de agosto de 1994.

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

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

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Porvenir S.A, a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la afiliada en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de marzo de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

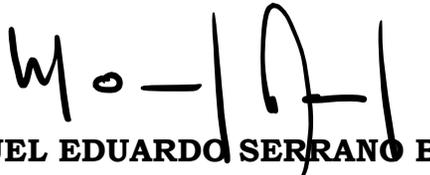
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO DISCIPLINARIO PROMOVIDO POR JUEZ SEXTA
LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. CONTRA
GIOVANNA ANDREA HUERFANO BERNAL**

RADICADO: 11001 3105 006 2016 00002 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de Giovanna Andrea Huérfano Bernal contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo de 2021. La sentencia declaró probados los cargos formulados y dispuso “(...) *SANCIONAR a GIOVANNA ANDREA HUERFANO BERNAL, con destitución que implica EXCLUSIÓN de la carrera*

e INHABILIDAD POR EL TÉRMINO DE DOCE (12) AÑOS". El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión.

I. ANTECEDENTES

El origen de este proceso disciplinario, tiene fundamento en las siguientes quejas: i) la presentada por el abogado Luis Felipe Munarth Rubio ante la Procuraduría General de la Nación, por la tardanza en la expedición de copias auténticas del proceso No. 2005 – 358, solicitadas el 29 de mayo de 2013 y las reiteraciones efectuadas con posterioridad (fl. 1-11); ii) la presentada por la abogada Ana Aurora Pulido Bernal ante el Juzgado con motivo de la demora en la notificación del auto admisorio de la demanda dentro del proceso No. 2015 – 198 (fl. 12) y iii) la presentada por el abogado Jaime Andrés Cárdenas Rodríguez ante la Procuraduría General de la Nación, por la inactividad procesal advertida en la notificación del auto admisorio de la demanda dentro de los procesos No. 2015 – 165 y 2015 – 186 (fl. 18).

Con motivo de las anteriores quejas se dio inicio a las indagaciones preliminares No. 01 y 02 del 7 de septiembre de 2015¹ (fl. 15 - 17) y No. 01 y 02 del 15 de enero de 2016² (fl. 20 – 21), ordenando la notificación de la señora Huérfano Bernal, con entrega del auto de las indagaciones preliminares y concediendo el término de 8 días para que ejerciera por escrito los derechos de contradicción y defensa.

¹ Por las quejas presentadas relacionadas con los procesos No. 2005 – 358 y No. 2015 -198, respectivamente.
² Por las quejas presentadas relacionadas con los procesos No. 2015 - 186 y No. 2015 – 165, respectivamente.

Igualmente, se tiene que, mediante auto del 15 de enero de 2016, se ordenó la acumulación de los expedientes disciplinarios No. 02 de 2015, 01 de 2016 y 02 de 2016 al expediente disciplinario 01 de 2015, con la finalidad de tramitarlos conjuntamente bajo una sola actuación (fl. 22).

Asimismo, debe indicarse que si bien mediante providencia del 31 de octubre de 2016, se formularon cargos (fl.343 y ss.), se precisa que tal auto se dejó sin valor ni efectos mediante providencia del 8 de marzo de 2017, con ocasión del escrito de nulidad presentado por la apoderada de la investigada relacionado con irregularidades en el debido proceso, procediéndose en su lugar a dar apertura a la investigación disciplinaria en contra de la señora Huérfano Bernal y se decretaron pruebas (fl. 364 y ss.)

Con posterioridad y mediante providencia del 22 de enero de 2020 (fl. 456 y ss.), se formuló pliego de cargos en contra de la investigada en condición de citadora del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, con fundamento en *“Presuntamente haber denotado incuria, falta de diligencia, desatención de instrucciones impartidas, indisciplina, irrespeto debido a sus superiores jerárquicos (juez y secretaria), ausentismo no autorizado y sin permiso, excesiva lentitud en los tramites asignados que provocó la mora en las notificaciones de las providencias judiciales (85 expedientes con registro de una mora que alcanzó 8 meses) por el periodo comprendido entre enero de 2015 y el mes de septiembre de 2015, de conformidad con el detalle visible a folios 89 a 106;*

represamiento y mora en la incorporación de memoriales (95 memoriales represados con registro de una mora que alcanzó 6 meses) por el periodo comprendido entre enero de 2015 y el 11 de diciembre de 2015, según relación que corre a folios 89 a 106 y falta de gestión en el trámite de desarchive del proceso 2005 – 0358 (sin tramitar peticiones de desarchive fechadas el 165 de mayo de 2014 y 7 de abril de 2015)”

Así, se determinó que la investigada podría estar incurso presuntamente en conductas relacionadas con la desatención de los deberes de que tratan los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 20 del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 y la trasgresión de las prohibiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 154 de la Ley 270 de 1996, al tenor de lo dispuesto por el artículo 196 de la Ley 734 de 2002; en consecuencia, se resolvió formular pliego de cargos por presuntamente haber incumplido los deberes como servidora judicial y estar incurso en la falta gravísima contenida en el parágrafo 1° del artículo 48 del Código Único Disciplinario a título de dolo.

Ante la anterior decisión, se presentaron descargos por la investigada (fl. 544 y ss.), en los cuales a grosso modo se expuso que la señora Huérfano Bernal, siempre había cumplido con el horario de trabajo, las funciones asignadas, estando atenta a los términos fijados para atender las diligencias, no había suspendido labores por voluntad propia salvo con los ceses de actividad judicial, que en el pliego de cargos no había claridad en la imputación, por cuanto no se conocían los cargos en forma clara, precisa y oportuna, no había motivos determinantes, ni se describían las

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las faltas ni estaba establecido el supuesto perjuicio causado a la administración pública.

Posteriormente, se presentaron alegatos (fl. 560 y ss.), en los cuales se reiteró que el pliego de cargos no cumplía con los requisitos de ley (art. 163 L.734 de 2002) y que era necesario manifestar que las quejas presentadas por los apoderados que dieron origen a la investigación disciplinaria eran 2 situaciones específicas y claras: i) mora en el desarchivo proceso 2005 – 358 y ii) mora en la notificación del auto admisorio de 3 procesos: 2015 - 198, 2015 – 186, 2015 – 165, frente a las cuales se dieron las explicaciones y se allegaron las pruebas, sin que se entendiera como se determinó que se incumplieron todos los deberes y prohibiciones y que la conducta era gravísima, sin que estuviera acreditado el dolo ni intención de causar daño; igualmente, se aludió a que la formulación de los cargos era ambigua y que con la negativa de las pruebas solicitadas se vulneraba el debido proceso, en especial cuando de manera oficiosa se habían incluido pruebas que no se conocían y no se exhibieron en estados electrónicos ni vía email, lo que denotaba la parcialidad de la falladora, pues incluso se incluían como pruebas pasajes de un proceso disciplinario que llevaba la titular del despacho en contra de Nohora Beatriz Giraldo Monsalve diferente al asunto analizado y a pesar de ello se negó a escuchar el testimonio de la misma. Finalmente, se alude que se incluyeron hechos que no fueron materia de investigación preliminar.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de marzo de 2021, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probados los cargos formulados, y en consecuencia DECLARAR disciplinariamente responsable de los cargos en mención a la señorita GIOVANNA ANDREA HUÉRFANO BERNAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SANCIONAR a la señorita GIOVANNA ANDREA HUÉRFANO BERNAL, con DESTITUCIÓN que implica EXCLUSIÓN de la carrera e INHABILIDAD POR EL TERMINO DE DOCE (12) AÑOS.

TERCERO: En firme la presente providencia, librense las comunicaciones de ley para la ejecución de la sanción y a la Procuraduría General de la Nación.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que la formulación de cargos no se ciñó a la mora en las actuaciones de los procesos 2015 – 198, 2015 – 186 y 2015 – 165, ya que incluyó el retardo de la notificación de los procesos relacionados en el informe secretarial de fecha 14 de octubre de 2016, lo que implicó la falta de gestión en 85 expedientes entre enero y septiembre de 2015, alcanzando una mora de 8 meses y el retardo en la incorporación de 95 memoriales represados con una mora de 6 meses (entre enero – diciembre de 2015), según relación detallada a folios 89 – 106 y la falta de impulso con la gestión del desarchivo del expediente 2005 – 358, situaciones frente a las que no se encontraron atendibles las justificaciones suministradas.

También, se aludió que con la prueba testimonial recaudada de Paola Andrea Molano Cárdenas, Fanny Aranguren Riaño, Juan Carlos Méndez Viancha y Emily Alexandra Mejía, daba cuenta que la investigada replicó el

comportamiento agresivo desplegado por la escribiente Nohora Beatriz Giraldo Monsalve.

Así mismo, se indicó que se encontró probada la existencia de la falta atribuida desde el punto de vista objetivo y que con la conducta desplegada se transgredieron los deberes señalados en los cargos imputados situación calificada como falta gravísima, igualmente, se adujo que se mantuvo la connotación dolosa, demostrándose que la conducta desplegada estaba prevista de ilicitud sustancial pues no se estaba justificando su proceder, lo que generaba la necesidad de imponer correctivo disciplinario, puntualizando que para la sanción a imponer se debía tener en cuenta el principio de proporcionalidad, en esa medida como los elementos probatorios allegados al proceso acreditaban que los cargos formulados se adecuaban al comportamiento descrito en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 20 del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 y los numerales 2 y 3 del artículo 154 de la Ley 270 de 1996 (sin que estuviera amparada bajo ninguna de las causales excluyentes de responsabilidad), falta que se calificaba como gravísima para los empleados judiciales por el incumplimiento de los deberes (art. 48 Código Disciplinario Único) y a título de dolo, aplicó la sanción de destitución e inhabilidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la investigada presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria

de la misma, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que la decisión de dar por demostrados los cargos justificada en los testimonios recibidos no resultaba atendible, siendo que estos fueron parcializados y sin ninguna objetividad, los cuales en todo caso no demostraron lo endilgado, precisando además que se debía ser consecuente con los hechos materia de la investigación preliminar y de la investigación disciplinaria, en donde además se incorporó una prueba trasladada que no cumplía con los requisitos del artículo 130 del Código Disciplinario Único, la que era inadmisibles puesto que con ella no se probaba el comportamiento y desempeño laboral de la investigada.

Igualmente, adujo que se tramitó el proceso sin observancia de las reglas mínimas del proceso disciplinario, se superaron todos los términos del Código Único Disciplinario para cada una de las etapas, mencionándose incluso que si se observaba la última conducta y la emisión de la decisión, se superaban los términos que la ley establecía para proferir la sanción, así como que se negaron las pruebas solicitadas tales como las declaraciones de la señora Nohora Giraldo y de los abogados que presentaron las quejas.

Así mismo, enfatizo que el pliego de cargos no cumplía con los requisitos formales, razón por la cual todo el proceso estaba viciado de nulidad, reiterando que las quejas se presentaron fue por dos situaciones puntuales, que para poder sancionar debía estar demostrado el daño ocasionado

al estado y/o tercero afectado, que las conductas descritas no encuadraban de ninguna manera en lo contemplado en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, para argumentar una falta gravísima a título de dolo, perdiéndose el sentido de la proporcionalidad.

Que para tomar la decisión de sancionar no se tuvieron en cuenta presuntamente todas las conductas mencionadas en el pliego de cargos; que el texto de los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 20 del artículo 153 y los numerales 2 y 3 del artículo 154 de la Ley 270 de 1996, no tenían nada que ver con las diligencias y no se entendía que era lo que pretendía al aplicar dichos artículos para configurar una falta inexistente puesto que no tenían ninguna relación con la queja presentada que dio origen a la indagación preliminar y a la investigación disciplinaria, resaltándose que se adicionaron de manera discrecional hechos que no fueron materia de controversia, tales como comportamientos de desobediencia, incumplimiento de otras funciones como no agregar memoriales, los cuales no fueron materia de estudio en la indagación preliminar.

Finalmente, se mencionó que se incorporaron pruebas de oficio al expediente las cuales no le fueron puestas a disposición, solo hasta que ello fue solicitado, lo que ratificaba la falta de garantías para tener una investigación objetiva e imparcial; que debido a todas estas inconsistencias en varias ocasiones se solicitó tanto al Juzgado como a la Procuraduría el trámite del recurso preferente, frente al cual esta última no ha dado respuesta.

IV. CONSIDERACIONES

DE LA COMPETENCIA

De conformidad con lo consagrado en los artículos 115 y 125 de la Ley 270 de 1996, así como los artículos 2, 67, 75 y 76 de la Ley 734 de 2002, esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de marzo de 2021, expedida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante la cual se sancionó a Giovanna Andrea Huérfano Bernal con *-DESTITUCIÓN-*.

DE LA DISCIPLINABLE

Se trata de la señora Giovanna Andrea Huérfano, citadora del juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., portadora de la cédula de ciudadanía No. 51.539.858 como se colige de las diligencias y del poder conferido a Ruth Celina Rodríguez Erazo.³

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE

Para resolver, debe tenerse en cuenta que la norma aplicable al asunto es la vigente al momento de la comisión de la conducta, sin que exista duda en que las conductas aquí cuestionadas datan del año 2015 (considerando las fechas de las quejas), por lo tanto la norma que regula el asunto es la

³ Ver poder fl. 46.

Ley 734 de 2002 con algunas modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011.

En esa medida y teniendo clara la normatividad aplicable es pertinente mencionar que la acción disciplinaria puede iniciar de oficio, por informe de servidor público o por queja formulada por cualquier ciudadano (art 69 L.734/02) y el trámite del proceso disciplinario comprende las siguientes etapas: i) Indagación preliminar o indagación previa (art.150 y 151 L.734/02); ii) Investigación disciplinaria (art. 152 – 165 L.734/02), que finaliza con: a) auto de cierre de investigación (art. 160A L.734/02) o b) evaluación – formulación de cargos (art. 161 L.734/02); iii) Descargos (art. 166 L.734/02); vi) Pruebas (art. 168 L.734/02); vii) Alegatos (art. 169 L.734/02); viii) Decisión primera instancia (art. 169 A L.734/02) y ix) Decisión segunda instancia (art. 171 L.734/02), etapas durante las cuales debe existir observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, según lo reclama el artículo 6 de la Ley 734 de 2002.

DE LA FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE LA QUEJA, EL AUTO DE APERTURA Y LA FORMULACIÓN DE CARGOS.

En este caso, conviene recordar que el inicio del proceso disciplinario se suscitó con las quejas presentadas por abogados litigantes que adelantan trámites en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito, quejas relacionadas con: i) la mora de la expedición de copias del proceso No. 2005 – 358⁴ (que

⁴ Ver queja presentada por el Dr. Luis Felipe Munarth Rubio ante la Procuraduría General de la Nación, el 11 de agosto de 2015 fl. 1 – 11.

estaba archivado) y ii) con la demora en la notificación del auto de admisorio de demanda en los procesos No. 2015 – 198⁵, 2015 – 165⁶ y 2015 – 186⁷, razones por las cuales se ordenó iniciar indagación preliminar conforme dan cuenta los autos de fechas 7 de septiembre de 2015 (indagación preliminar No. 01 y 02 de 2015) y 15 de enero de 2016 (indagación preliminar No. 01 y 02 de 2016), expedientes que finalmente fueron acumulados en el expediente disciplinario No. 01 de 2015 (ver auto visible a fl. 22).

No obstante y a pesar que las conductas por las que inició la acción disciplinaria fueron las anteriormente descritas, se observa que mediante providencia del 8 de marzo de 2017, se dispuso dar apertura al proceso disciplinario considerando lo siguiente:

“(...) la presunta desatención de las funciones propias del cargo, porque denotó incuria y excesiva lentitud en los tramites asignados situación que provocó la mora en las notificaciones de las providencias judiciales (85 expedientes / mora 8 meses), represamiento y mora en la incorporación de memoriales (95 memoriales represados con registro de una mora de 6 meses) y falta de gestión en el trámite de desarchive del proceso 2005 – 0358 (sin tramitar peticiones de desarchive fechadas el 16 de abril de 2014 y 7 de abril de 2015), conforme lo registró el informe secretarial de fecha 14 de octubre de 2016, visible a folios 89 a 106. A lo anterior se agrega que la antes citada registró ausentismo no autorizado y sin aviso específicamente en el año 2015 y desobedeció las instrucciones impartidas e irrespetó a sus superiores jerárquicos (Juez y Secretaria) como lo describe el informe de fecha 14 de octubre de 2016 visibles a folios 89 a 106 emitido por la Doctora Fanny Aranguren Riaño, quien se desempeña como Secretaria, informe que para los fines legales pertinentes se tiene por reproducido en la presente oportunidad por contener la descripción de los hechos objeto del presente disciplinario que, se insiste, se reproduce en esta oportunidad”.

Así con el comportamiento descrito en el informe oficial de fecha 14 de octubre de 2016, visible a folios 89 a 106, se evidencia que la señorita GIOVANNA ANDREA HUERFANO BERNAL puede estar incurso en el incumplimiento de los deberes y transgresión de las prohibiciones de que trata los artículos 153 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 20 y 154 numerales 2 y 3 de la Ley 270 de 1996 (...)

⁵ Ver queja presentada por la Dra. Ana Aurora Pulido Bernal ante el Juzgado 6 Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de agosto de 2011 (fl. 12).

⁶ Ver queja presentada por el Dr. Jaime Cárdenas Rodríguez ante la Procuraduría General de la Nación, el 8 de diciembre de 2015 (fl. 18).

⁷ Ibidem.

De lo expuesto se concluye que en el presente caso presuntamente se cometieron unas conductas típicas, antijurídicas y culpables por parte de una servidora pública por la afectación funcional sin justificación derivada del incumplimiento y retardo de los deberes, desobediencia a instrucciones impartidas e irrespeto debido a los superiores y abandono de labores sin previa autorización, lo cual constituye falta disciplinaria y da lugar a la acción correspondiente en contra de GIOVANNA ANDREA HUERFANO BERNAL, de conformidad con lo previsto por los artículos 23, 152 y 153 de la Ley 734 de 2002, pues por otra parte no se evidencian causales de exclusión de responsabilidad.

(...)

SEGUNDO: Iniciar INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA contra GIOVANNA ANDREA HUERFANO BERNAL en su condición de citadora, por la presunta incursión en la desatención de los deberes de que tratan los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 20 del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 y la presunta transgresión de las prohibiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 154 de la Ley 270 de 1996, al tenor de lo dispuesto en el artículo 196 de la Ley 734 de 2002 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia”.

Igualmente, se observa que con la formulación de cargos, efectuada en providencia del 22 de enero de 2020, se tuvieron en cuenta las siguientes conductas para emitir los cargos:

“(…)

El cargo que se formula a la señorita GIOVANNA ANDREA HUERFANO BERNAL, en su condición de Citador del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se determina como se sigue:

Presuntamente, haber denotado incuria, falta de diligencia, desatención de instrucciones impartidas, indisciplina, irrespeto debido a sus superiores jerárquicos (Juez y Secretaria), ausentismo no autorizado y sin permiso, excesiva lentitud en los trámites asignados que provocó la mora en las notificaciones de las providencias judiciales (85 expedientes con registro de una mora que alcanzo 8 meses) por el periodo comprendido entre enero de 2015 y el mes de septiembre de 2015, de conformidad con el detalle visible a folios 89 a 106; represamiento y mora en la incorporación de memoriales (95 memoriales represados con registro de una mora que alcanzó 6 meses) por el periodo comprendido entre enero de 2015 y el 11 de diciembre de 2015, según relación que corre a folios 89 a 106 y falta de gestión en el trámite de desarchivar del proceso 2005 – 0358 (sin tramitar peticiones de desarchivar fechadas del 16 de mayo de 2014 y 7 de abril de 2015.

Así la señorita Giovanna Andrea Huérfano Bernal, podría estar incurso en otras conductas relacionadas con la presunta incursión en la desatención de los deberes de que tratan los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 20 del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 y la presunta transgresión de las prohibiciones contenidas en los numerales 2 y 3 de artículo 154 de la Ley 270 de 1996, al tenor de lo dispuesto por el artículo 196 de la Ley 734 de 2002 (...).”

(...)

Primero. Formular pliego de cargos en contra de Giovanna Andrea Huérfano Bernal, identificada con la cedula de ciudadanía número 52.539.858, en su condición de citador, por presuntamente haber incumplido los deberes como servidora judicial de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Con el comportamiento ampliamente descrito en la parte motiva de la presente decisión relacionado con el incumplimiento de los deberes como servidora judicial, la señorita GIOVANNA ANDREA HUERFANO BERNAL, en su condición de Citador, estaría presuntamente incurso en la falta gravísima contenida en el parágrafo 1° del artículo 48 del Código Disciplinario único, falta cometida a título de Dolo conforme a las consideraciones efectuadas en la parte motiva de la presente decisión.”

Como se observa, tanto en el auto de apertura de investigación disciplinaria como en la formulación de cargos, se presentan nuevas imputaciones fácticas, aunque enmarcadas en los mismos incumplimientos a los deberes y prohibiciones traídos a colación de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Lo anterior, contraviene expresamente lo expuesto en el inciso 6 del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, que señala que *“La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos”*, siendo claro además que de las normas que desarrollan la etapa de investigación disciplinaria se desprende que lo que se pretende durante la misma es verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si la misma es constitutiva de falta disciplinaria o no, esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió y determinar el perjuicio causado a la administración pública con la falta y la responsabilidad disciplinaria del investigado, de modo que si se cumplen tales condiciones se procede a efectuar la formulación de cargos correspondiente, resultando así

evidente la afectación al principio de congruencia entre las conductas objeto de la queja y las consideradas para la emisión del auto de apertura de investigación disciplinaria y la formulación de cargos.

DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ALEGADAS

Revisado el trámite del proceso disciplinario, se advierte que en varias oportunidades durante la primera instancia e incluso en el recurso de apelación la apoderada recurrente expuso que se presentaba una comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectaban el debido proceso, considerando entre otras que el inició de la acción disciplinaria se generó por unas situaciones precisas objeto de queja.

Sobre el tema, conviene recordar que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en sentencia expedida el 30 de septiembre de 2022⁸, señaló *“Ahora bien, las causales de nulidad están instituidas en el artículo 143 de la Ley 734 de 2002 y se podrán decretar de manera oficiosa en cualquier estado de la actuación disciplinaria cuando se observen causales que imposibiliten la prosecución de la acción disciplinaria, tales como la incompetencia del funcionario para fallar, la violación del derecho de defensa del investigado y la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”*

⁸ dentro del proceso radicado bajo el No. 73001110200020160076902.

De igual forma, resulta oportuno traer a colación sentencia expedida el 7 de diciembre de 2022⁹, en donde la Corporación ya mencionada, ilustra por qué razón la pretensión disciplinaria se constituye en pilar del proceso disciplinario, de la siguiente manera:

“La tesis adoptada por esta Comisión respecto de la pretensión disciplinaria, su concepto y sus componentes ha estado enfocada a sostener que se trata de una declaración de voluntad en la que se concreta la imputación y está conformada por tres elementos estructurales a saber: subjetivo, objetivo y la petición disciplinaria que se compone a su vez por: la fundamentación fáctica, la jurídica y la petición de una sanción disciplinaria. En desarrollo de esa teoría, en providencia de 29 de abril de 20215 se conceptuó lo siguiente:

*“la declaración de voluntad contentiva de una imputación, en la que se solicita una sanción disciplinaria, fundada en la comisión por parte del disciplinable de una falta, con un requisito subjetivo determinante que es exclusivamente la persona del investigado como sujeto pasivo, y de otra parte el Juez que ostenta la legitimación activa enmarcada en el *Ius puniendi*, un requisito objetivo dentro del que se enmarca principalmente el deber ético como conducta esperada del investigado, y en tercer lugar la petición fundada en la cual deben distinguirse: la fundamentación fáctica (determinada por la atribución al investigado de la comisión de una falta disciplinaria), la jurídica (la calificación legal de los hechos), y la petición de una sanción disciplinaria”*

De lo anterior se infiere que la pretensión disciplinaria es un elemento esencial para la existencia del proceso disciplinario y por ende, su relevancia radica en que: (i) su correcta formulación permitirá tener certeza de la imputación jurídico-fáctica en relación con el investigado, (ii) es la pieza que delimita el debate probatorio, (iii) plantea el derrotero que regirá la defensa del disciplinado, y (iv) sirve al investigador, para proferir congruentemente y conforme al debido proceso, el fallo correspondiente.”

En ese orden de ideas, se tiene que la pretensión disciplinaria es de suma relevancia en el proceso disciplinario, siendo que la misma establece el marco de la imputación fáctica y jurídica y por ende su correcta formulación previene la existencia de equívocos en cuanto a los hechos, pruebas y normas quebrantadas, permitiendo la emisión de una decisión congruente y apegada al debido proceso.

⁹ dentro del proceso radicado No. 11001110200020170356301.

En esa medida al presentarse una falta de congruencia y claridad en cuanto a las conductas objeto de reproche, se habría coartado a la investigada de la oportunidad de conocer el marco fáctico real de la imputación.

DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

Se reprocha por la recurrente que los cargos se efectuaran con sustento en el incumplimiento de los deberes y prohibiciones contemplados en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, a pesar que no estaban relacionados con el proceso adelantado y además no entendía que era lo que se pretendía al invocarse una falta gravísima que era inexistente siendo que la misma no tenía relación alguna con la queja presentada.

En cuanto a la tipicidad de las conductas se tiene que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial en providencia expedida el 30 de septiembre de 2021¹⁰, indicó:

“(...)

En el caso objeto de estudio, al desarrollar la primera instancia lo concerniente a la tipicidad de las conductas que se le enrostraron al funcionario disciplinable se observa una irregularidad tal como se tuvo el cuidado de indicar en el recuento procesal que previamente se hizo consistente en que la imputación jurídica que se analizó en las consideraciones, no guarda completa relación con el contenido de la parte resolutive del auto en el que se formularon cargos.

Y es que la situación antes advertida, genera duda frente a las disposiciones legales por las que fue llamado a responder el doctor LUIS CARLOS PRIETO NIVIA, en su condición de JUEZ 1 DE FAMILIA DE IBAGUÉ y de contera se vulnera su derecho a la defensa ante la inconcreción de la conducta que se le imputa, pues es que no se tiene certeza por ejemplo en cuál o cuáles de las 14 formas de acoso laboral se ajustó su comportamiento irregular.

¹⁰dentro del proceso radicado bajo el No. 730011102000 201600769 02.

Situación similar ocurre con la omisión en notificar el acto administrativo número 006 del 1 de julio de 2016 por medio del cual se nombraba como escribiente nominado a la señora ROSE ENITH GONZÁLEZ SÁNCHEZ como quiera que el cargo que venía desempeñando como auxiliar judicial grado 4 lo ocuparía a partir de esa data la señora Mirby Andrea Murillo Giraldo, en tanto, se hace relación a un comportamiento antiético que finalmente no se logra concretar en la imputación jurídica porque en un inicio se habla de una cantidad de deberes vulnerados y luego se resuelve imputarle alguna de esas faltas.

Así las cosas, para esta Comisión en el auto en el que se formula pliego de cargos no existe congruencia y claridad en las conductas que se enrostran y menos el precepto legal al que se ajustan en tratándose de tipos disciplinarios abiertos que requieren de un complemento normativo.

Por lo anotado, se invalidará la actuación por la primera instancia, inclusive a partir del pliego de cargos formulado mediante proveído del 25 de septiembre de 2019, para que se subsanen las irregularidades advertidas que indudablemente vulneran el principio de legalidad y debido proceso, sin perjuicio de la validez que mantiene las pruebas recaudadas en el expediente.”

Como puede apreciarse, se requiere que en estos eventos no solo exista congruencia y claridad en las conductas cuestionadas que se endilgan al investigado sino también de las normas cuyo incumplimiento se predica, especialmente en aquellos tipos disciplinarios abiertos que requieren de un complemento normativo, como lo serían los endilgados a la investigada ya que lo único que hizo la primera instancia fue imputar deberes y prohibiciones previstos en la Ley 270 de 1996 en forma genérica, siendo necesario en este caso establecer la norma base o primaria quebrantada que para el caso podría haberse tratado de manuales de funciones, acuerdos de rendimiento, calificaciones o cualquier otro del cual se pudiera concluir el compendio obligacional para el cargo de citadora, sin que sea atendible en estos casos la discrecionalidad del superior jerárquico en cuanto a la asignación de las funciones, pues no se contaría con un marco objetivo.

Adicionalmente, no puede pasar desapercibido que la tipicidad hace parte de la garantía constitucional del debido proceso, existiendo diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos, el realizado en la sentencia C-030 de 2012, en donde se alude que considerando la amplitud que caracteriza las normas disciplinarias, se requiere acudir a una interpretación sistemática que permita precisar el deber funcional infringido por el investigado, cuando se realiza la adecuación típica de la conducta, tarea para la que resulta necesario remitirse a la norma primaria o específica que consolida la falta, así las cosas, la imputación contenida en el auto de cargos se encontraba incompleta.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Teniendo en cuenta que otro punto objeto de reproche, se cimienta en la prescripción, debe indicarse que materia disciplinaria, la prescripción se encuentra regulada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. <Artículo derogado a partir del 28 de diciembre de 2023, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> <Artículo modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique.”

Igualmente, se tiene que la misma constituye una causal objetiva de extinción de la acción disciplinaria, tal y como se desprende de lo señalado en el artículo 29 de la Ley 734 de 2002, de suerte que ante la presencia del fenómeno aludido debe ordenarse la terminación del proceso, en cumplimiento de lo señalado en los artículos 73 y 210 *ibídem*.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que frente al tema analizado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en providencia del 22 de febrero de 2023¹¹, señaló lo siguiente:

(...)

De la revisión del expediente se pudo determinar que la Comisión de Disciplina Judicial de Antioquia profirió auto del 2 de febrero de 2018, mediante el cual abrió investigación disciplinaria en contra del doctor ADALBERTO DÍAZ ESPINOSA, en su calidad de Juez Noveno Penal del Circuito de Medellín.

Lo anterior quiere decir que, con la referida actuación procesal se interrumpió el término de la caducidad de la acción y a partir del 2 de febrero de 2018 empezó a correr el término de prescripción de la acción disciplinaria de cinco años previsto en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, el cual a su tenor literal enseña:

(...)

En atención a lo anterior, para el caso en estudio, se concluye que a la fecha la acción disciplinaria adelantada en contra del doctor ADALBERTO DÍAZ ESPINOSA en su condición de Juez Noveno Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), se encuentra prescrita, comoquiera que el término de los cinco años previsto por la norma en cuestión se cumplió el 2 de febrero de 2023 y por tanto, a la fecha esta Comisión ha perdido la potestad sancionadora en la presente acción disciplinaria.

En consecuencia dando aplicación a lo previsto en los artículos 210, 164 y 73 del Código Único Disciplinario, ante la imposibilidad de proseguir con la acción disciplinaria por haber operado el fenómeno de la prescripción, la Sala ordenará la terminación del proceso disciplinario y el archivo definitivo de la actuación.”

Bajo la anterior premisa, como el auto de apertura de investigación disciplinaria data del 8 de marzo de 2017,

¹¹ Dictada dentro del proceso No. 05001110200020160037401.

resulta claro que se ha configurado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción disciplinaria, pues han transcurrido más de los 5 años de que trata el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 734 de 2002 , modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, normas vigentes de acuerdo a lo contemplado en el párrafo 2° del artículo 73 de la Ley 2094 de 2021, que modifica el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, razones por las cuales la Sala ordenará la terminación del proceso disciplinario y el archivo definitivo de la actuación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: TERMINAR Y ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE el proceso disciplinario adelantado contra GIOVANNA ANDREA HUÉRFANO BERNAL en su condición de citadora del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

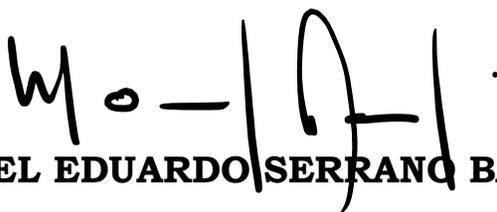
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO CLAUDIA MARCELA BAQUERO HERRERA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 007 2019 00763 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A y de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de febrero de 2023.

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

COLPENSIONES, manifestó que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documentos público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que la actora recibió una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la Corte en la Sentencia 4462 de 2019, en virtud de que las AFP son las que tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados.

I. ANTECEDENTES

La señora Claudia Marcela Baquero Herrera, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a dicha AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado.

Sustentó sus pretensiones, que desde el 17 de agosto de 1992 hasta el 31 de enero de 2001, estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales; que para dicha data acumulo un total de 359.86 semanas cotizadas; que en el mes de enero de 2001 se trasladó de Porvenir S.A y en agosto de la misma anualidad se afilió a Protección S.A; sin que los asesores de dichos fondos privados hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre el cambio de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política, los artículos 1502,1508,1513, 1514,1515, 1602,1603 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 33083 de 2014, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S,A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que frente al traslado que realizó la demandante, el mismo es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza, dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad de orden público y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la vinculación efectuada en el año 2000 por la demandante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RIAS. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y le genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de febrero de 2023, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Claudia Marcela Baquero Herrera, a la AFP Porvenir, contenida en el formulario de radicado 01484701 del 13 de diciembre del 2000. La señora Claudia Marcela Baquero Herrera, a la AFP Santander, hoy Protección, contenida en el formulario de radicado 6367935 del 22 de agosto del 2003.

SEGUNDO: Se le ORDENA a Protección a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular La señora Claudia Marcela Baquero Herrera, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Protección Y Porvenir a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obedecimiento al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: Se declaran como no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

SEXTO: Se condena en costas a los fondos demandados, a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo del fondo privado. SÉPTIMO: REMÍTASE A CONSULTA”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 46106 de 2012 se tiene como válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales, las demás no serán válidas ni legítimas. Que para el momento de solicitar el traslado estaba en tiempo conforme a la Ley 797 de 2003, es decir, lo hizo en oportunidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en consideración a que no resulta procedente la ineficacia de traslado, teniendo en cuenta que no se cumplieron por parte la demandante sus obligaciones como afiliada al

Sistema General de Pensiones, la cuales acarrea la obligación de informarse sobre su derecho pensional, así como tampoco aprovecho los mecanismos de divulgación e información, siendo evidente la permanencia de la actora en el RAIS, en virtud del traslado horizontal que se realizó; por otro lado, indicó que no comparte la decisión de condena en costas, toda vez que Colpensiones no formó parte del negocio jurídico sobre el cual se declaró la ineficacia, así como también no tenía en su cargo el deber de información.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de proferida, al considerar que la demandante también tenía el deber de estar informada; refirió que en cuanto a la indexación teniendo en cuenta que la se realizó un traslado con Protección la AFP trasladó los rendimientos financieros, precisando que dicha indexación sería excluyente, esto de conformidad con la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de junio de 2022; entendiéndose que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 13 de diciembre de 2000.

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

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

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

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

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

Respecto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

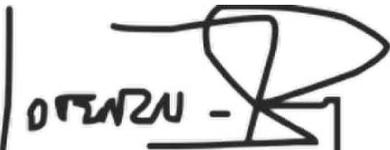
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIELA GARCÍA CIFUENTES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LUIS EDUARDO ESCOBAR SOPÓ.

RADICADO: 11001 3105 012 2016 00271 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

En forma previa a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia dictada por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se advierte que en el presente asunto se tiene pendiente resolver la solicitud presentada por la doctora Daniela Alejandra Saavedra Rivera, apoderada del demandado Luis Eduardo Escobar Sopó,

relacionada con el desistimiento del recurso de apelación formulado contra la sentencia expedida en este asunto¹.

En consideración a lo antes señalado, debe tenerse en cuenta que el poder conferido por el aludido demandado contiene la facultad expresa de desistir (fl. 160 y ss. archivo 001 del expediente digital).

En consecuencia y atendiendo lo señalado en el artículo 316 del C.G.P., norma a la cual se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPT y SS, se acepta el desistimiento del recurso presentado y se procede a dictar

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de abril de 2022. La sentencia ordenó la realización del pago del cálculo actuarial por aportes a pensión a cargo del señor Luis Eduardo Escobar Sopó y absolvió a Colpensiones del reconocimiento de la pensión de invalidez. El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria parcial de la decisión en cuanto negó el reconocimiento pensional.

En esta instancia se allegaron alegatos por la parte actora, en los que señaló que en este caso debía tenerse en cuenta

¹ Sentencia expedida el 19 de abril de 2022, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

que para el momento en que se estructuró la enfermedad de la actora (16 de julio de 2003), la normatividad aplicable y vigente era la ley 797 de 2003 que empezó a regir el 29 de enero de 2003.

I. ANTECEDENTES

El actor formuló demanda con el objeto que se declarara que entre la actora y el señor Luis Eduardo Escobar Sopo, existió un contrato de trabajo verbal durante el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2001 y el 30 de septiembre de 2002, en consecuencia, se condenara al señor Escobar Sopo al pago de los aportes a pensión durante toda la relación laboral. Igualmente, reclama el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de Colpensiones a partir del 16 de julio de 2003, con las mesadas adicionales y los intereses moratorios causados.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que nació el 19 de febrero de 1958; que mediante dictamen No. 5592 del 17 de agosto de 2011, se le determinó una PCL ascendente al 67,95% con estructuración del 16 de julio de 2003; que el 29 de agosto de 2012, radicó solicitud de pensión de invalidez ante Colpensiones la cual fue negada mediante Resolución No. GNR 004418 de 2012, en razón a que no contaba con las semanas exigidas en la ley para acceder al derecho; que el 28 de mayo de 2013, radicó nueva solicitud ante Colpensiones frente a la cual no se había emitido respuesta alguna y que si el señor Escobar Sopo hubiera realizado los aportes hasta el año 2002, contaría con

las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez y tendría derecho a la prestación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que era parcialmente cierto el 6° y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la actora no tenía derecho a que se le efectuara el reconocimiento de la pensión de invalidez por cuanto no se reunían los requisitos legales, siendo que la demandante no contaba con 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años por carecer de sustento fáctico.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones.

Luis Eduardo Escobar Sopó, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, negó algunos hechos y refirió que no le constaban otros. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que no sostuvo contrato laboral alguno con la actora, que quien lo sostuvo fue la Fundación Ledes mientras él fungió como representante legal de tal entidad. En cuanto a las pretensiones relacionadas con la pensión de invalidez no presentó oposición.

Propuso las excepciones de prescripción, legitimación en la causa por pasiva, genérica y enriquecimiento sin causa.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de abril de 2021., el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre MARIELA GARCÍA CIFUENTES y LUIS EDUARDO ESCOBAR SOPÓ existe un contrato de trabajo del 1° agosto 2001 al 30 de septiembre 2002, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a LUIS EDUARDO ESCOBAR SOPÓ al pago de los aportes a pensión a favor del accionante, previo cálculo actuarial que para el efecto elabore COLPENSIONES, por el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 2001 y el 30 de septiembre de 2002, tomando como IBC, el salario mínimo legal mensual vigente para la época.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, elabore el cálculo actuarial por los aportes a pensión de la señora MARIELA GARCÍA CIFUENTES en la forma indicada en el ordinal anterior.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión de invalidez.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de LUIS EDUARDO ESCOBAR SOPÓ y a favor de la demandante, e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.000.000

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probada la existencia de una relación laboral entre la actora y el demandado Luis Eduardo Escobar Sopó y en consecuencia lo condenó al pago de los aportes a pensión de la actora por el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 2001 y el 30 de septiembre de 2002, previo cálculo actuarial.

En cuanto a la pensión de invalidez, se indicó que conforme la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L, la norma llamada a regular la pensión de invalidez era la que se encontrara vigente en el momento de la estructuración de dicho Estado,

que en este caso lo era el 16 de julio de 2003, según el dictamen obrante en el expediente, por lo que la norma aplicable era la Ley 100 de 1993, en su redacción original y no con la modificación introducida por la Ley 860 de 2003, siendo que esta último entró en vigencia el 26 de diciembre de 2003, advirtiéndose que no se cumplían los requisitos de la norma aplicable siendo que no se acreditaban las 26 semanas dentro del año anterior a la estructuración de la invalidez, en tanto que al revisar el reporte de semanas cotizadas e incluso tener en cuenta las cotizaciones ordenadas al señor Escobar Sopó, se acreditaban 275 semanas de las cuales solo 11 se cotizaron dentro del año anterior al estado de invalidez.

Adicionalmente, se señala que acudiendo incluso al principio de la condición más beneficiosa, tampoco se cumpliría con el acumulado de semanas exigidas en el Decreto 758 de 1990, para acceder a la prestación, razones por las cuales no era factible acceder a la pensión de invalidez.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria parcial de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que la señora García fue estructurada en su invalidez a partir del 16 de julio del año 2003, esto era estando en vigencia la ley 797 del año 2003, puesto que esta entró en vigencia el 29 de enero de ese mismo año. En consecuencia,

que se le podía aplicar esta normatividad, en la que se permite acceder a la pensión de vejez si se cumple con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, es decir, entre el 16 de julio del año 2000 y el 16 de julio del año 2003, periodo en el cual contaría con esas semanas teniendo en cuenta el cálculo actuarial. Igualmente, solicita que no se supedite el pago de la pensión al pago del cálculo actuarial.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En el presente asunto no existe controversia respecto a que entre la señora Mariela García Cifuentes y el señor Luis Eduardo Escobar Sopó, existió una relación laboral, en virtud de la cual le fue ordenado a éste último como empleador pagar el cálculo actuarial que Colpensiones efectuara por los aportes a pensión no efectuados durante el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 2001 y el 30 de septiembre de 2002, aspecto frente al que no existe cuestionamiento alguno en la medida en que así lo dispuso la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación, que en su momento se formuló por el demandado fue materia del desistimiento aceptado como ya se enuncio.

Ahora bien, conviene recordar que esta sala tiene sentado que el reconocimiento y pago la pensión en casos como el presente, solo es procedente una vez se haya dado efectivo cumplimiento a la orden impartida respecto al cálculo actuarial, esto es, cuando se haya constituido a satisfacción de Colpensiones, procederá la solicitud y pronunciamiento sobre el reconocimiento pensional.

Lo anterior, como quiera que es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en su historia laboral a efectos que la administradora pensional pueda analizar la procedencia de la prestación, con datos concretos y de manera precisa, tal y como se ha señalado por nuestro órgano de cierre en diversas oportunidades en donde ha explicado que las semanas que se convalidan con el pago de un cálculo actuarial hacen parte del haber de cotizaciones del trabajador y valdrán para analizar tanto las condiciones de acceso al régimen de transición, como para determinar si se causó o no un derecho pensional (Sentencias CSJ SL14388-2015, CSJ SL068-2018, SL4921-2021).

Así las cosas, se tiene que no resulta viable el reconocimiento pensional, hasta que no se acredite el pago del cálculo actuarial y se verifique si se cumple o no con el presupuesto de semanas de cotización.

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a confirmar la decisión, pero por las razones aquí indicadas.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de abril de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

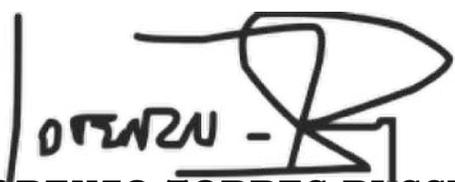

LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GIUSEPPE BUENAVENTURA FASANELLI CAVALLAZZI contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 012 2022 00446 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de marzo de 2023.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales se alegaron ni menos resultaron demostrados en el procesos, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del Código de Procedimiento del Trabajo, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A por falta al deber de información y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los valores de la cuenta de Ahorro Individual correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de noviembre de 1964; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales en el periodo comprendido del 20 de febrero de 1991 al 31 de marzo de 1996, un total de 251 semanas; que se trasladó el 12 de mayo de 2003 a Porvenir S.A., que el asesor de dicho fondo privado solo contemplo los beneficios del eventual traslado, pero nunca informó desventaja alguna sobre el mismo ni características.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, la Ley 797 de 2003, el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, la Circular externa N°016 de 2016 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N°31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la demandante el 12 de septiembre de 1996, fue

producto de una decisión libre e informada tal como se aprecia de la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita que refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante con la AFP Porvenir se efectuó de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de marzo de 2023, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor GIUSEPPE BUENAVENTURA FASANELLI CAVALLAZZI, identificado con C.C. 79.159.759 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 12 de mayo de 2003, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor GIUSEPPE BUENAVENTURA FASANELLI CAVALLAZZI al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor GIUSEPPE BUENAVENTURA FASANELLI CAVALLAZZI tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexado; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia del traslado del señor GIUSEPPE BUENAVENTURA FASANELLI CAVALLAZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicado 3383 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1452 de 2019, entre otras, en lo que a información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es su obligación suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso la de ante poner los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar a un afiliado, pues el hecho de firmar un formulario de afiliación no implica per se que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo, lo cual no prueba que la información se haya brindado luego son dichas entidades que tienen la carga de la prueba en demostrar que suministraron la información en los términos suministrados en la jurisprudencia en comento.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación de forma parcial contra el numeral tercero de la sentencia proferida en la referente a la condena a la AFP de trasladar las sumas a Colpensiones debidamente indexadas, con fundamento en la sentencia SL- 9316 de 2016 se precisó que la indexación “*es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la moneda por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía*”; en ese orden de ideas resaltó que dentro de las obligaciones que tienen las AFP es la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuenta de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, en consecuencia indicó que es incompatible dicha indexación, ya que lo recursos de la accionante no se han visto afectados por la inflación.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que existe una correspondencia entre voluntad de acción, es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado de modo que no quede duda de que la afiliada quería pertenecer al RAIS; por otro lado, precisó que con la decisión de ineficacia de traslado de régimen de la actora que se encuentra dentro de la prohibición legal contemplada en la ley, afecta contra la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones,

previando la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 12 de mayo de 2003.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

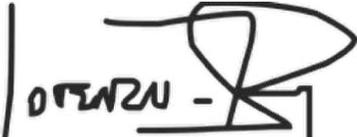
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HECTOR BARRERO FORERO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 020 2021 00302 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de febrero de 2023.

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

COLPENSIONES., manifestó que es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, en virtud de que el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisitos de edad mínima exigida por la Ley, por lo que en el presente caso el actor debe demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni menos

resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, aportes, rendimientos, comisiones, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 12 de enero de 1964; que se trasladó en el año 2007 a Porvenir S.A., que a la fecha de dicho traslado había cotizado al Sistema General de Pensiones 605 semanas; que dicho fondo privado no suministro la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13,25,48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 71 de 1988, la Ley 100 de 1993, el Código Civil, el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018, 4949 de 2018 y 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de

nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PORVENIR S.A, guardo silencio.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de febrero de 2023, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor HECTOR BARRERO FORERO a la AFP PORVENIR conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante HECTOR BARRERO FORERO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. como actual fondo pensional de la actora, DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado HECTOR BARRERO FORERO junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A en costas. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a los artículos 271, 272 y el literal b de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; artículos 167 del Código General del Proceso; artículo 1604 del Código Civil y principalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias radicados 31989, 31314 de 2008, radicado 33803 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 19477 de 2017, SL 4964, SL 1688 de 2018, SL 373 de 2021, la Corte ha indicado que cuando no hay libertad informada la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que la ineficacia del traslado va en contravía de la prohibición legal contemplada en la normatividad; precisó que la AFP cumplió con todos los requisitos normativos, esto es que la afiliación se efectuó en derecho, así como también se realizó con la capacidad y voluntad del actor; resaltó que el traslado de personas que cotizaron exclusivamente a una cuenta de ahorro individual vulnera la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; por lo anterior solicitó que en caso de confirmarse la sentencia no se condene en costas a la Entidad y ordenar el traslado de los gastos de administración y seguros previsionales.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

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

Así las cosas, según los precedentes jurisprudenciales citados, no se evidencia prueba alguna dentro del proceso que permita entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración y seguros previsionales, esto de conformidad con lo dispuesto por nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de febrero de 2023, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración y seguros previsionales.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CECILIA CABALLERO RAMIREZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 022 2020 00494 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de marzo de 2023.

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

El apoderado de la parte demandante, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia al considerar que fue sustentada de conformidad con los medios probatorios y teniendo en cuenta las decisiones de la Corte Suprema de Justicia con fundamento en que las AFP Protección S.A y Colfondos S.A., no cumplieron con el deber de información, así como tampoco probaron lo contrario en el proceso.

I. ANTECEDENTES

La señora Cecilia Caballero Ramírez, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A. y a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los aportes con sus rendimientos. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 22 de noviembre de 1962; que se afilio desde el 16 de marzo de 1990 al Instituto de los Seguros Sociales; que el 10 de febrero de 1997 se trasladó a Colfondos S.A; posteriormente se trasladó el 24 de agosto de 1999 a Protección S.A; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 53,48 y 49 de la Constitución Política, la Ley 2158 de 1948, los artículos 1508, 1740, 1746 del Código Civil, los artículos 13,114 y 288 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de las Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral con radicado 1689 de 2019, 28479 de 2008, 1421 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir de error por falta al deber de información por parte de la AFP o de que se esté en presencia de un vicio en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a

un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió el actor, el cual se realizó de forma libre y espontánea. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación.

COLFONDOS, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen el funcionamiento y diferencias. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de marzo de 2023, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora CECILIA CABALLERO RAMIREZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 10 de febrero de 1997. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el

tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de COFONDOS S.A. Y PROTECCION S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

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

SEPTIMO: CONDENAR en costas a PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que jurisprudencialmente en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3464 de 2019 reiteró que desde la sentencia 1688 del 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto del traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional por transgresión a dicho deber se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto; así como también las decisiones con radicado 31989 de 2008, 19447 de 2017 y 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringe a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, la cual no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, ya que el asunto debe contar con elementos de juicio suficientes para atender la consecuencias de la decisión.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no comparte los argumentos expuestos en primera instancia en primer lugar respecto a la no aplicabilidad de la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandante, con fundamento en un término prescriptivo o extintivo de derecho, contrario a la esencia de dicha norma,

en virtud de que la actora cumple los requisitos de ley en uno u otro régimen será pensionada por vejez; pues de conformidad con el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 no se genera ningún termino prescriptivo o extintivo de derecho; por otro lado solicitó se analice la valoración probatoria realizada, toda vez que el encuadramiento jurisprudencial efectuado, no da lugar, ya que la falta al deber de información no fue debidamente probada en el proceso; en virtud de que la verdadera motivación de la actora es su descontento con el valor de la mesada pensional, situación que permite concluir que Colpensiones debería ser absuelta.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones,

previando la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 10 de febrero de 1997.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FERNANDO ALVAREZ ROJAS
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONESA y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 026 2021 00229 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de febrero de 2023.

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

La apoderada de la parte demandar solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que en el caso concreto quedo demostrado que el demandante no ejerció el derecho a la elección de régimen pensional de forma libre y eficaz, ya que no tuvo un consentimiento debidamente informado por la vinculación al RAIS, ya que la AFP Protección S.A., omitió brindar una asesoría con información suficiente, clara y entendible al momento del traslado de régimen pensiona en el año de 1994.

I. ANTECEDENTES

El señor Fernando Álvarez Rojas, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP devolver la totalidad del dinero que exista en la cuenta de ahorro individual, donde se incluyan los aportes a pensión efectuados, los rendimientos, de ser el caso el valor redimida por bonos pensionales y/o títulos pensionales, comisiones, incluida la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos descontados a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de marzo de 1955; que desde el 13 de marzo de 1987 cotizó al Instituto de los Seguros Sociales; que se trasladó a la AFP Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión; posteriormente el 7 de octubre de 2020, presentó reclamaciones administrativas sobre la solicitud de nulidad y/o ineficacia de traslado a Colpensiones, la cual mediante radicado N°BZ2020_10111560-2068443 del 7 de octubre de 2020, la entidad brinda respuesta de forma negativa.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, los artículos 1502, 1508, 1510,1511, 1740,1741,1742,1746 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1452 de 2019, 373 de 2020.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el actor realizó su traslado de conformidad con el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, en ejercicio de su libre escogencia de régimen, prefiriendo el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del

ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual, de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió la demandante; acto que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma la afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de febrero de 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado

respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 18 de diciembre de 1994.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OLGA LUCIA PINZON GIL
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 026 2021 00321 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2023.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales se alegaron ni menos resultaron demostrados en el procesos, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del Código de Procedimiento del Trabajo, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La señora Olga Lucia Pinzón Gil, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A por falta al deber de información y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los dineros que haya recibido y producido, en virtud de las cotizaciones a los seguros de invalidez, vejez y muerte incluyendo rendimientos y cuotas de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 20 de abril de 1964; que cotizó desde el 24 de enero de 1989 hasta el 30 de octubre de 1996 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que el 1 de noviembre de 1996 se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos la Ley 100 de 1993, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Circular externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, la Ley 797 de 2003, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado 31989 de 2008, 33083 de 2011, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018, 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante

realizó el traslado de conformidad con el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, esto es ejerció su libre escogencia de régimen prefiriendo al RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la demandante el 12 de septiembre de 1996, fue producto de una decisión libre e informada tal como se aprecia de la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita que refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de marzo de 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante OLGA LUCÍA PINZÓN GIL al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante OLGA LUCÍA PINZÓN GIL, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte el traslado y la transferencia de la demandante y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante OLGA LUCÍA PINZÓN GIL, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DEPESOS (\$1'000.000).”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación de forma parcial contra el numeral segundo de la parte resolutive en lo referente al traslado de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes al fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, al considerar que corresponden a una obligación de tracto sucesivo por lo que dichas sumas no entran en los dineros que financian la prestación pensional de la demandante, ya que son emolumentos que la Ley 100 de 1993 estipulo como una cuota de administración que se materializa en la buena gestión que realizó la entidad de los aportes y de sus rendimientos; en consecuencia precisó que realizar el traslado implica in enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; por otro lado, resalto que ordenar el pago de forma indexada se estaría generando una condena doble, en virtud de que ya se encuentran actualizadas monetariamente.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo

ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 12 de septiembre de 1996.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las

administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES FUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR VICTORIA
EUGENIA GRANDA QUIJANO CONTRA BANCO POPULAR
S.A.**

RADICADO: 11001 3105 027 2019 00206 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de diciembre de 2021. La sentencia absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra y declaró probadas las excepciones propuestas. El recurso de apelación tiene por objeto la

revocatoria de la decisión y en su lugar se acceda a las pretensiones reclamadas.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1992 y el 6 de agosto de 2018, siendo en este último extremo cuando fue despedido por la demandada, en consecuencia, se ordene el pago de la indemnización convencional y/o legal por despido sin justa causa, a las costas del proceso y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que laboró durante más de 26 años al servicio de la demandada; que el 17 de julio de 2018, fue llamada a rendir descargos; que le fue terminado su contrato el 6 de agosto de 2018, de acuerdo con las justificaciones anotadas en la comunicación enviada en la fecha; no obstante, no se dio cumplimiento a las normas establecidas en el C.S.T. relacionadas con la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, ni lo establecido en la jurisprudencia respecto a la estabilidad laboral reforzada respecto de personas próximas a pensionarse, además que se le lesionaron derechos fundamentales dentro del trámite interno de rendir descargos y se le vulneró el debido proceso.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Banco Popular S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y señaló que no eran hechos que le correspondiera contestar los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que se dio por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y previo establecimiento de una justa causa, la cual fue oportunamente alegada, aludiendo además que los motivos que dieron lugar a la finalización del contrato acreditaban una conducta negligente, lesiva de los intereses del Banco Popular, en favorecimiento de terceros y contrariando todas las políticas del Banco, de modo que violó sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, de donde se configuraba una grave omisión a lo reglamentado en los procedimientos internos, en los boletines extraordinarios, en el Manual de Controles, en el Código de Ética y Conducta del Banco y en el Reglamento Interno de Trabajo, precisan que para arribar a esa conclusión fue necesario adelantar una averiguación interna.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, justa causa para la terminación del contrato de trabajo, compensación, inconveniencia del reintegro y la genérica que por no requerir formulación expresa deberá ser declarada de oficio por el juzgado.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de diciembre de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la señora VICTORIA EUGENIA GRANDA QUIJANO y ABSOLVER de las mismas a la BANCO POPULAR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: *DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por el banco demandado, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

TERCERO: *CONDENAR en costas al demandante TASENSE incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que la actora en el interrogatorio de parte rendido aceptó que recibió dineros del señor Ismael González representante legal de la Casa de las Cerraduras, dinero que recibió por un ofrecimiento de un préstamo personal que este le hizo pero que las consignaciones no las hizo Casa de las Cerraduras.

No obstante, se indicó que de las pruebas recaudadas se lograba evidenciar que la actora si se encontraba en un conflicto de intereses con el proveedor Casa de las Cerraduras, ya que si bien la señora Granda Quijano no era la que tomaba la decisión final de cuál proveedor era el que se escogía, lo cierto era que al absolver interrogatorio de parte, reconoció que era una intermediaria dentro de ese proceso puesto que debía emitir una calificación de los proveedores y recaudar la información de los demás asesores regionales, por lo que sí tenía un contacto directo con el proveedor siendo que emitía una calificación sobre él.

Adicionalmente, se mencionó que una vez escogido el proveedor fue la actora quien dio el visto bueno de haber recibido satisfacción la totalidad de los relojes triple cronométricos para que le fuera pagada la factura al proveedor Casa de las Cerraduras pese a que los mismos no habían sido instalados en su totalidad.

En consecuencia, el juzgado encontró probada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo y procedió a absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra, sin encontrar vulneración alguna ya que la terminación del contrato con fundamento en una justa causa no tenía naturaleza disciplinaria ni constituía una sanción por regla general, en donde la citación a descargos no era la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador pues la garantía de este derecho de defensa se cumplía también cuando el trabajador de cualquier forma tenía la oportunidad de la exposición de su caso al empleador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria de la misma, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no se compartía la decisión adoptada por cuanto en el proceso que se siguió contra la demandante se violó el debido proceso, siendo que había un procedimiento que debía ser

seguido el cual se obvió y en cambio se analizó una responsabilidad que no le correspondía a la actora respecto de los relojes y de la aprobación de licitación de la Casa de las Cerraduras.

Así mencionó que el oficio con el que se citó a descargos a la actora, no indicaba los soportes y/o pruebas de los cargos formulados a la misma, aspecto que no se tuvo en cuenta pues lo único que se consideró fue la carta de despido sin que para el a quo tuviera alguna importancia el trámite disciplinario, además que en cuanto a los términos del proceso disciplinario resaltó que tampoco se tuvo en cuenta que el mismo inició el 21 de junio de 2018 (fecha en que se le retiró del cargo), por lo que se tenían 3 días para realizar la diligencia de descargos y 35 días para emitir la sanción disciplinaria como lo señalaba la CCT, en donde sí se contaba desde la fecha de inicio hasta cuando se efectuó la diligencia, había transcurrido más del tiempo previsto e incluso si se tuviera en cuenta la fecha del informe de seguridad, lo que demostraba la violación al debido proceso, razones por las cuales el banco no podía tener en cuenta dicho proceso para terminar el contrato de trabajo.

Adicionalmente, destacó que nunca existió una consignación de la Casa de la Cerraduras a la cuenta de ahorros de la demandante para que se iniciara la investigación disciplinaria, debiéndose tener en cuenta que la licitación no se ganó por el representante legal de la empresa aludida sino por la empresa, por lo que la actora no recibió dinero directamente de la Casa de la Cerradura, razón por la cual no habría un conflicto de intereses ya que las consignaciones

realizadas fueron entre personas naturales, igualmente, resalta que la Casa de las Cerraduras había iniciado actividades con el banco antes que la actora se vinculara con este, debiéndose tener en cuenta que la sentencia no señalaba que para la fecha de la licitación la actora había recibido dineros prestados por el representante legal de casa de la cerradura, sino que la misma no podía haber participado en la licitación, no obstante, su participación se dio fue en razón a que como asistente de seguridad debía recabar la información de los gerentes de zona y eran estos los que le daban el visto bueno a los proveedores, además que para el momento en que se hizo la licitación y se escogió como proveedor a la empresa aludida la actora no tenía préstamos sin que se analizara cuando fue que se hicieron las consignaciones.

Finalmente, en lo que respecta a los relojes, precisó que el proveedor debía presentar la factura de acuerdo con las órdenes de trabajo y acreditar el pago de los aportes al SGSS de suerte que si hubo un error de la demandante tampoco se hubiera producido el pago de las facturas, sin que se entendiera cual era la situación de falta de ética o del deber profesional cuando estaba establecido en el contrato con el proveedor que el mismo tenía un tiempo límite y que le pagaban \$36.000.000 mensuales por su actividad hiciera o no hiciera, además que las ordenes de trabajo la ordenaban los jefes de cada departamento, sin que existiera ningún documento que señalare que no se suministraron esos relojes, por el contrario se desestimó la carta en que se señala que la Casa de las Cerraduras instaló 3 relojes y que el otro no lo

pudo instalar porque no sabían dónde se debía instalar, de suerte que se entregaron 4 de los 3 relojes que se estaban debiendo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en este caso se presentó una terminación unilateral por el empleador sin justa causa y en consecuencia si era procedente la indemnización por despido injusto.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1992 y el 6 de agosto de 2018; ii) que la actora se desempeñó como asistente y directora de la casa matriz y iii) que el contrato de trabajo fue terminado por el Banco Popular con sustento en una justa causa.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión y que para exonerarse de la indemnización proveniente de la terminación del contrato se debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente, se ha sostenido que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la

ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que acuerdo con la normatividad que contempla lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa y la jurisprudencia relacionada sobre el tema, prevén que esta es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación y por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal.

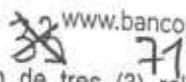
En cuanto a la terminación del vínculo laboral de la demandante, obra a fl. 392 a 394 del archivo 01 del expediente digital, la carta de terminación del contrato de fecha 6 de agosto de 2018, la cual se fundamenta en:

“(…)

La Dirección General del Banco Popular ha decidido cancelar por justa causa su contrato de trabajo a partir del día 7 de agosto de los corrientes, por los siguientes hechos, los cuales fueron conocidos mediante el Informe No. 952-00101-2018 emitido por la Gerencia de Contraloría del Banco el 13 de julio de 2018, con base en los graves hechos que se describen a continuación, los cuales no sólo contravienen normas, controles y procedimientos establecidos por el Banco, sino que también viola lo acordado en el Contrato de Trabajo, las disposiciones del Código de Ética y Conducta del Banco Popular y el Reglamento Interno de Trabajo que como empleada debió cumplir cabalmente, hechos que fueron informados a usted en la diligencia de descargos que se adelantó el día 25 de julio del año en curso, así:

El Banco Popular dentro de la investigación realizada por nuestros entes de control y vigilancia, encontró que en su cuenta de ahorros No. 230-040-0017767-7 durante el periodo de enero de 2016 al 25 de junio de 2018, el Sr. Ismael Alfonso Gonzalez Rincón (Representante Legal) y Diego Camilo Caballero Gonzalez (firma registrada en la cuenta de ahorros), personas pertenecientes a la empresa y proveedor del Banco Popular la Casa de la Cerradura Centro S.A.S, quienes realizaron doce (12) consignaciones durante mencionado periodo a su cuenta bancaria por un valor total de \$42.700.000., al preguntarle sobre dichas sumas en la diligencia de descargos usted acepto haber recibido los dineros y manifestó que las consignaciones obedecían a un préstamo personal realizado por el mencionado proveedor, como también, a sumas por cambio de divisas suyas por parte del mismo.

Usted omitió reportar al Banco Popular su relación de deudora con el mencionado proveedor como también las sumas consignadas, lo que implica una total falta de fidelidad por cuanto su comportamiento no es correcto y ético configurándose una violación al código de ética y conducta política conflicto de intereses, hechos graves teniendo en cuenta su participación durante el año 2016 en el proceso de cotización y selección del proveedor "La Casa de la Cerradura", quien salió favorecido dentro de los demás participantes para contratar con el Banco Popular, el suministro de servicio de mantenimiento correctivo a los elementos de seguridad en esta institución bancaria.

 www.bancopopular.com

Igualmente se encontraron irregularidades en la facturación de tres (3) relojes triple cronométricos por valor de \$4.590.000 cada uno, que fueron pagados por el Banco Popular a la Casa de la Cerradura S.A.S, mediante facturas No. 4480 y 4346 de fecha 7 y 14 de febrero de 2018, pero dichos relojes no fueron instalados en las oficinas por parte del mencionado proveedor y al revisar las ordenes de trabajo se encontró que estas fueron firmadas y validadas por usted omitiendo la verificación del recibido del servicio por parte de las oficinas en las cuales se debía instalar dichos relojes, situación que contribuyó a que el Banco Popular pagara los relojes sin que estos se hubieran instalado, y solamente hasta el pasado 3 de julio del 2018 el proveedor entrego los relojes a petición del Banco Popular evidenciándose un perjuicio y detrimento al Banco Popular.

Adicionalmente revisado el proceso de oferta de proveedores se encontró que usted al momento de elaborar la presentación al comité de compras del Banco Popular para seleccionar el proveedor del servicio de mantenimiento correctivo de elementos de seguridad, omitió la calificación técnica del proveedor equipos Bancarios Dulon Ltda. sin que se registre por parte suya una conclusión específica, pero que contribuye directamente a que la propuesta de La Casa de la Cerradura S.A.S resultara seleccionada por el Banco Popular, lo que evidencia, falta de fidelidad, buena fe y lealtad con el Banco Popular.

(...)"

En la referida carta, se endilga que con las anteriores conductas se violó lo estipulado en el numeral 5 del código de ética y conducta "*Prevención, manejo y resolución de conflictos de interés*", también se aduce faltar a las obligaciones legales, contractuales, convencionales y reglamentarias, así como desconocer lo previsto en el RIT en los literales C) y J) de la cláusula 6, los numerales 12 y 31 del artículo 86, los numerales 1 y 10 del artículo 89 y los numerales 15, 16 y 80 del artículo 94 del RIT, razones por las cuales el banco con fundamento en lo previsto en el contrato de trabajo, el numeral 8 del artículo 6 de la CCT del 13 de enero de 1978 y los artículos 55, 56 y 58 del C.S.T. decidió dar por terminado con justa causa el contrato de trabajo.

Se aprecia a fl. 454 y ss. del archivo 01 del expediente digital, informe preliminar de auditoria respecto de la contratación del proveedor la Casa de la Cerradura Centro S.A.S., adelantado por la gerencia de contraloría del banco, de fecha 13 de julio de 2018, con el objeto de entender, evaluar y validar el proceso de contratación, identificando los funcionarios a cargo del proceso de selección, aprobación, contratación, facturación y pagos, encontrando entre otros, los siguientes hallazgos: i) Consignaciones realizadas por Ismael Alfonso González Rincon (Representante Legal de la Casa de la Cerradura Centro S.A.S) y Diego Camilo Caballero González (Firma registrada en la cuenta de ahorros del proveedor) a cuentas bancarias de funcionarias del Banco, entre ellas, la demandante; ii) irregularidades en facturación de relojes triple cronométricos que fueron pagados y no instalados en las oficinas del Banco y iii) ausencia de

información del proveedor Equipos Bancarios Dulon, en el proceso de cotización y selección del servicio de mantenimiento correctivo de elementos de seguridad, asignado a la Casa de la Cerradura Centro S.A.S.

Asimismo, se observa a fl. 438 y ss. del archivo 01 del expediente digital, acta de descargos de fecha 25 de julio de 2018, de la que resultan relevantes los siguientes apartes:

TOMA USO DE LA PALABRA EL EMPLEADO 55 X6

Dando respuesta a la diligencia de descargos formulada me permito rendir los descargos correspondientes a la etapa escrita dentro del proceso que viene adelantando el Banco Popular en mi contra.

i) De los cargos imputados.

Mediante comunicación sin número de fecha 17 de julio de los corrientes, el Banco Popular me notificó siendo las 4:20 p.m. del deber de asistir a diligencia de descargos que se realizaría el día 18 del mismo mes y año, por el supuesto incumplimiento del "Numeral 5 "PREVENCIÓN, MANEJO Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS" PREVISTO EN EL CODIGO DE ÉTICA Y CONDUCTA; TODA VEZ QUE, NO INFORMÉ A LA ADMINISTRACIÓN EL CONFLICTO DE INTERES, QUE SOSTENÍA CON EL PROVEEDOR AL REALIZAR OPERACIONES COMERCIALES".

El Banco Popular asegura erradamente que incurri en la supuesta falta antes referida aduciendo entre otras cosas que pasé por alto mi obligación de actuar con integridad y responsabilidad, que no informé el mal llamado conflicto de intereses que según ellos sostenía con la Casa de la Cerradura Centro S.A.S., que se evidencian firmas en documentos sobre facturación de relojes triplecronométricos que de acuerdo a lo informado no fueron instalados por el proveedor.

(...)

ii) De la contradicción a los cargos imputados

- Supuesto desconocimiento del Numeral 5 "PREVENCIÓN, MANEJO Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS" PREVISTO EN EL CODIGO DE ÉTICA Y CONDUCTA; TODA VEZ QUE, NO INFORMÉ A LA ADMINISTRACIÓN EL CONFLICTO DE INTERES, QUE SOSTENÍA CON EL PROVEEDOR AL REALIZAR OPERACIONES COMERCIALES".

Según me fue informado en la Comunicación sin número de 17 de julio de los corrientes, la supuesta transgresión del numeral 5 del Código de Ética y Conducta se constituyó por no informar a la Administración lo que el Banco Popular llama "conflicto de intereses" que a su juicio yo sostenía con los representantes de la Casa de la Cerradura Centro S.A.S.

NO ACEPTO se me endilguen estos incumplimientos al Código de ética pues no tengo vínculos familiares, ni laborales, ni soy socia de esta empresa, ni he hecho ninguna operación de comercio con la empresa como persona jurídica, además yo jamás realicé

www.bancopopular.com.
contratos, convenios, o Acuerdos con el proveedor LA CASA DE LA CERRADURA
CENTRO S.A.S como PERSONA JURIDICA DE DERECHO PRIVADO. 56 ~~H~~

Debo señalar que fue el mismo señor Ismael González Rincón, a quien conocí estando trabajando en el banco, donde él mismo me otorgó ayuda libre y voluntaria de dinero ya que como conocido mío, sabía de mi situación económica, y le he manifestado al Banco Popular en anteriores oportunidades que soy cabeza de familia y velo por mi esposo quien es adulto mayor y ha sufrido graves problemas de salud, lo cual, es de fácil comprobación pues consta en la historia clínica de la prepagada de la que somos beneficiarios - Coomeva - y en el Plan Obligatorio de Salud.

(...)

Me opongo a dicha afirmación pues cuando el Banco afirma que no actué con integridad está asegurando que no procedí con entereza moral y jamás he recibido ningún tipo de cuestionamiento de tal índole a lo largo de más de 26 años de trabajo servidos a la entidad, ni de carácter personal ni profesional. El Banco al hacer tal aseveración está violando mis derechos a la honra y al buen nombre pues está poniendo en tela de juicio mi integridad de manera que, desconoce derechos de índole constitucional consagrados en el artículo 15 de la Carta Política. 58 ~~H~~

Tampoco he actuado de manera irresponsable pues en el ejercicio de mis funciones nunca he afectado al Banco Popular, nunca he incumplido con mis obligaciones o tareas a cargo y jamás he desatendido la calidad y transparencia con que debo ejecutarlas.

Dejo claro que yo no me he favorecido, ni he favorecido, ni ofrecido a la empresa CASA DE LA CERRADURA CENTRO S.A.S ningún tipo de dádivas, coimas, comisiones, regalos, promesas de otorgamiento de contratos ni similares. Además de no ser propio de mi proceder, ello no es material ni jurídicamente viable pues está claro que dentro de las obligaciones y facultades que me han sido asignadas yo no propongo, ejecuto o firmo contratos, no tengo ningún tipo de atribuciones que me faculden negociar y asignar contratos o modificarlos en precios, plazos, garantías etc, no asigno ni propongo proveedores y no autorizo desembolsos.

(...)

- De la firma de documentos sobre factura de Relojes triplecrometricos que fueron pagados y no instalados por la Casa de la Cerradura Centro S.A.S.

(...)

Ahora bien, es sabido que no se encuentra dentro de mis responsabilidades operativas cerciorarme de la ejecución de trabajos de los proveedores, pues ello llevaría al absurdo de pensar que debo ir físicamente a validar los trabajos a cada oficina o llamar a cada una de ellas para que los Asistentes Administrativos certifiquen un trabajo que técnicamente desconocen por su especialidad pues algunos de los funcionarios se niegan a hacerlo dado que no entienden de que se trata. 59 ~~H~~

En las imputaciones que me endilgan, el Banco menciona que 4 órdenes de trabajo poseen mi firma y no fueron instalados, pero de lo expuesto solo se puede concluir que la instalación no es un aspecto propio de mis funciones y excede la órbita de mis labores, razón por la cual, tal y como lo expresé en la diligencia de descargos etapa verbal, recomiendo que dicha explicación le sea exigida a la Casa de la Cerradura Centro S.A.S que es a todas luces quien debe ofrecer la debida justificación del por qué no suministró e instaló los elementos, pues evidentemente yo desconocía hasta la fecha de la diligencia esta situación.

(...)"

Como se observa, de lo expuesto en los descargos rendidos por la actora se desprende que la misma aceptó haber recibido dineros con motivo de un préstamo personal por parte del señor Ismael González Rincón aspecto que reiteró en el interrogatorio de parte rendido.

En tal diligencia a la señora Victoria Eugenia Granda, se le consultó por su participación en el proceso de selección del proveedor la Casa de las Cerraduras (2016), frente al cual manifestó que ella no participaba en este como persona puesto que pertenecía a un estamento y estructura, que don Ismael y la Casa de las Cerraduras eran un proveedor que llevaba 38 años trabajado en el banco para seguridad bancaria, que cuando participó lo hizo recopilando información de los 4 asesores regionales de seguridad que hacían parte de la toma de decisiones en el banco tanto para la selección de proveedores como para facturación y mantenimientos correctivos, entonces no decidió nada ni tenía atribuciones de ningún tipo frente al proceso y que fungía más bien como una intermediaria del proceso y si bien dentro de algunos formatos aparecía su firma jamás tuvo atribuciones ya que la decisión la tomaba el Gerente Nacional de Seguridad, precisando que lo que hacía era que llenaba los formatos de calificaciones de los asesores regionales que

calificaban al proveedor, consolidaba las mismas y las pasaba al gerente nacional de seguridad.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que durante la práctica del interrogatorio de parte a la actora, a la misma también se le consultó si omitió la calificación técnica de Dulon Ltda. para la selección de proveedor en el comité de compras sobre elementos de seguridad, a lo que indicó que no lo omitió porque dicha empresa no se quiso presentar a la oferta de seguridad bancaria, sin embargo, la testigo Ángela Patricia Alarcón (quien manifestó ser auditora del banco popular y haber adelantado la investigación), indicó que al hacer la investigación entre otras cosas, en relación con las ofertas de proveedores evidenciaron que Dulon Ltda., si se había presentado para la misma oferta que la Casa de las Cerraduras, sin embargo, no obraba la calificación técnica (puntuación) que se debía realizar a esta y ello conllevó a que no se tuviera en cuenta para la selección a pesar que eran equiparables.

La anterior omisión genera incertidumbre, pues la oferta de Dulón poseía precios similares a los de la Casa de las Cerraduras, según se desprende del informe de Contraloría, adicionalmente en el interrogatorio de parte lo único que se señaló sobre el particular era que las ofertas de servicio de dicho proveedor se salían de contexto por los precios de don Ismael pero que en sus manos no estaba la selección, no obstante, debe tenerse en cuenta que es sabido que en estos escenarios el precio es solo uno de los factores a considerar.

En ese orden de ideas, resulta claro que las conductas desplegadas por la actora coincidente con el recibo de dineros de parte del representante legal de la Casa de las Cerraduras generaban a juicio de esta sala un cuestionamiento entre el interés particular de la actora y los intereses del banco como entidad, independientemente que se aduzca que se tratara de un préstamo entre personas naturales, lo cierto es que el señor Ismael González Rincón, fungía como representante de una persona jurídica con la cual su empleador tenía una relación comercial y un préstamo en estas condiciones podía afectar la confianza

En cuanto a lo sucedido con los 3 relojes triple cronométricos, en el informe preliminar de auditoria se alude que los mismos fueron pagados a la Casa de las Cerraduras, no obstante, estos no fueron entregados ni instalados por el proveedor, al efectuar las indagaciones sobre ello se observa que en el mismo informe se trae a colación la comunicación presentada al banco por el proveedor en el que rinde las explicaciones sobre el particular, en donde el proveedor manifiesta que la señora Victoria Granda le adelantaría el cobro de 4 relojes en la facturación que no habían sido instalados pero los soportes habían sido firmados por la misma, precisándose en el informe que al ser verificadas las ordenes de trabajo, se evidenció que las mismas estaban firmadas por la actora cuando el recibido del servicio debió haberse efectuado por los funcionarios de las oficinas receptoras del servicio.

En el interrogatorio de parte rendido por la actora, se le consultó a cerca de lo sucedido con los relojes frente a lo que señaló que ella colocó el visto bueno para continuar con la facturación, ello no quería decir que no hubiera validado la legitimidad de la instalación del reloj pues cuando llegó la factura tenía que haber recibido el reporte de la Dian del reloj y el serial lo que le daba garantía que la oficina había recibido el servicio y no había recibido otro correo de que estaba en falla, debiéndose en este punto destacar que en el acta de descargos la señor Victoria adujo que dentro de sus responsabilidades no estaba la de verificar la ejecución de los trabajos de los proveedores pues ello conllevaría a tener que desplazarse a cada oficina para tal verificación y por ende las explicaciones debían solicitarse al proveedor.

La anterior situación se aclara con lo indicado por la testigo Carolina Castellanos (quien manifestó ser la Gerente del área de Abastecimiento del banco desde el año 2015, área encargada principalmente de las contrataciones que se requieran por las áreas usuarias), quien manifestó que la relación que tenía el área usuaria a la que pertenecía la actora con la Casa de las Cerraduras, se generaba en 2 frentes, el primero tenía que venir que ver con la recomendación del comparativo de los diferentes proveedores para escoger la mejor propuesta y el segundo con la facturación, señalando que en este último fue que se evidenció la contratación de unos relojes triple cronométricos, en donde el área usuaria cuando el proveedor lo facturó debía verificar que el bien o servicio se había prestado y que se hubiesen recibido a satisfacción y cuando ello ocurría se aprobaba la factura para

que continuara con el trámite para pago, de lo que se concluye que en efecto no estaba dentro de las funciones de la actora verificar el trabajo del proveedor pero si validar el recibido a satisfacción para poder aprobar la factura, aspecto que claramente no se cumplió pues de lo indicado por el mismo proveedor se desprende que los relojes no fueron instalados y en todo caso las documentales obrante a folios 538 y ss. tales como facturas, órdenes de compra y órdenes de trabajo relacionadas con los relojes en comento evidencian que las ordenes de trabajo 6801 y 6802, no cuentan con el mismo.

Ahora y si bien en las documentales allegadas reposa una comunicación suscrita por el señor Ismael González Rincón (representante legal de la casa de las cerraduras), expedida con posterioridad a la inicialmente allegada a principios de julio de 2018 (fl. 559 del archivo 01 del expediente digital), en la que efectuó aclaraciones y/o correcciones sobre la misma, indicando que luego de realizada una verificación se evidenció que de los supuestos 4 relojes faltantes se habían instalado 3, quedando pendiente la instalación de un reloj (ante la falta de direccionamiento sobre su instalación) y que por tanto el servicio se había cumplido a cabalidad por su empresa y que la Dr. Victoria Granda bajo ningún circunstancia incurrió en conductas que pudieran comprometer o afectar a la entidad; lo cierto es que no se allegó soporte alguno de lo aducido y por ende la confesión efectuada respecto a la no instalación de los relojes no fue desvirtuada.

Finalmente, ante el reproche realizado por el recurrente relativo a que no se tuvo en cuenta que el proceso de selección

se efectuó en el año 2016 y las consignaciones fueron efectuadas con posterioridad (según informe preliminar e historial de consignaciones las mismas se realizaron entre mayo - diciembre de 2017 y entre enero - mayo de 2018), de suerte que el proveedor ya había sido seleccionado en forma previa al préstamo efectuado, resulta oportuno mencionar que en este asunto es evidente el relacionamiento de este proveedor con la entidad financiera demandada desde su selección como proveedor, durante la prestación del servicio y hasta la facturación de los mismos y por tanto las posibilidades de influencia considerando el cargo y funciones de la actora, generaban la existencia de un conflicto de interés en los términos establecidos en el numeral 5 del Código de Ética y Conducta del Banco Popular que era de conocimiento de la actora y que se contempla como aquella situación *“(...) en la que los intereses personales directos o indirectos, puedan tener incidencia en la actuación de los administradores y empleados en el desarrollo de sus funciones.”*, no obstante, la actora no se abstuvo de generar la situación ni tampoco reporto la misma.

Así mismo, debe indicarse que conforme al manual de funciones y procedimientos de la gerencia de seguridad se encuentra entre otras funciones coordinar y verificar el montaje e instalación de equipos de seguridad revisar la facturación presentada por el proveedor respectivo por concepto de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo a los sistemas de seguridad en las oficinas, aspecto que refuerza la responsabilidad de la actora en la revisión de la facturación de los relojes triple cronométricos.

Como se observa, las anteriores conductas se enmarcan dentro del marco normativo traído a colación por el banco en la carta de terminación del contrato, el cual era de conocimiento de la actora pues la misma así expresamente lo reconoció en el interrogatorio de parte rendido, esto en cuanto al RIT y el Código de Ética y Conducta, igualmente, se observa que le entregó en su momento el manual de funciones correspondiente-

Ahora y sibien se trae a colación como justa causa de terminación lo establecido en el artículo 6 de la CCT, el cual reproduce las justas causas de terminación contempladas en el Decreto 2351 de 1965 (que modificó el artículo 62 del C.S.T) y aunque se trae a colación lo expuesto en el numeral que establece “8. *El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.*”, lo cierto es que de los demás desconocimientos que se le endilgan al trabajador del RIT y las normas citadas del C.S.T. tales como los artículos 55, 56 y 58 del C.S.T. evidencian que realmente la causal aducida corresponde a la contemplada en el numeral “6. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*”

Nótese que dentro de las desconocimientos del RIT se encuentran los numerales 1 (Guardar especial lealtad y

fidelidad para con el Banco) y 10 (Todas las demás obligaciones consecuentes con su posición directiva y de especial confianza dentro del Banco) del artículo 89 “deberes especiales de mandos medios”. y los numerales 15 (Omitir dar cuenta de los hechos acerca de los cuales debe estar informado el respectivo superior, o hacerlo con notable demora o con falta de veracidad), 16 (Ocultar intencionalmente al superior, irregularidades o faltas cometidas contra el servicio o tratar de desorientarlo sobre la realidad de los hechos ya sea omitiendo informes o agregando detalles inconducentes) y 80 (Todo lo demás que resulte de la naturaleza del contrato o de sus cláusulas, de las leyes o de los reglamentos generales del Banco) del artículo 94 del RIT “obligaciones especiales de los trabajadores”.

Así atendiendo las conductas desplegadas por la actora, referidas en líneas anteriores y considerando que las mismas se enmarcan dentro del incumplimiento grave de las obligaciones y prohibiciones de la trabajadora, se concluye que la terminación del contrato se dio amparada en una justa causa.

En lo referente a la vulneración del debido proceso en el trámite de la terminación del contrato de trabajo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre tiene como criterio pacífico que el despido no tiene carácter sancionatorio y por ende no se debe agotar un procedimiento de este tipo salvo que así se hubiese acordado entre el empleador y los trabajadores (no se observa pacto alguno en este sentido en el

RIT o en la CCT) o para las causales expresamente determinadas en la ley y/o jurisprudencia¹.

De igual forma, no puede pasar desapercibido que la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-449 de 2020, estableció la garantía denominada *-Respeto debido en la relación laboral-*, que consiste en el derecho que tiene el trabajador de ser escuchado antes que se decida terminar el contrato por cualquiera de las causales de terminación por justa causa y que en adelante procede a acoger este fallador, garantía que se contempló en los siguientes términos:

“(...)

<p>SEXTO</p> <p>-Respeto debido en la relación laboral-</p>	<p>A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso.</p>
---	--

236. **Esta última garantía, entiende la Corte, y así se unificará en esta sentencia, se extiende para todas las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, como se había expuesto con anterioridad en varias sentencias de este tribunal (como se explicó supra en el numeral 204), y como lo había ampliado la Corte Suprema de Justicia para las causales contempladas en los numerales 9 a 15 del literal a), del artículo 62, del CST (sentencia SL2351 de 2020) (...)**

Así las cosas, se tiene que no se efectuó afectación alguna en los términos señalados por el recurrente, pues de una parte el despido no es sanción y por ende no debía agotarse un proceso disciplinario previo y en todo caso se cumplió con la garantía de respeto debido en la relación laboral como se

¹ Frente al tema pueden consultarse entre otras las sentencias SL2351-2020, SL 1981-2019 y SL13691-2016.

desprende de lo informado por la testigo Jheimy Isabel Laverde Espejo, en cuanto indicó que la actor tuvo oportunidad de exponer sus descargos en diligencia verbal y escrita, lo que se confirma con el acta de descargos correspondiente allegada al proceso.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de diciembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

**MARLENY RUEDA OLARTE****MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO****AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

**LORENZO TORRES RUSSY**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ESPERANZA GUERRERO CASTRO contra SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACION, CAFESALUD S.A., IAC GPP SALUDCOOP EN LIQUIDACION Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

RADICADO: 11001 3105 028201700373 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACION contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

Para lo que interesa al recurso de apelación, en síntesis, la demandante formulo acción en contra de los demandados, con el objeto de que se declare que existió con los mismos, una relación laboral de

trabajo vigente entre el 21 de junio de 1999 hasta el 22 de marzo de 2016. Consecuentemente solicito la imposición de condenas por concepto de cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios, prima de vacaciones, la indemnización moratoria prevista en los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y la del 65 del CST, los aportes al sistema de seguridad social integral, todas las anteriores correspondientes al año 2015 y 2016, mas los valores que resultaren probados y pudieran reconocerse en virtud de las facultades ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que prestó sus servicios personales inicialmente a la demandada Saludcoop EPS; que por decisión de esta su contrato fue objeto de cesión a la IAC GPP Saludcoop Bogotá, prestando servicios a esta última a partir del 1 de octubre de 2003; que posteriormente y sin alteración de su contrato laboral presto sus servicios a Cafesalud EPS; desempeñando el cargo de auxiliar de citas. Agrega que a pesar de haber solicitado las acreencias laborales que son materia de las pretensiones a cada una de las demandadas en este proceso, hasta el momento ninguna a realizado su pago.

II. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS.

Las demandadas dieron contestación a las pretensiones de la siguiente manera:

La Superintendencia de Salud, en síntesis, manifestó que cumple labores de inspección, vigilancia y control; que en desarrollo de las mismas puede disponer la intervención forzosa de entidades vigiladas; que no le asiste responsabilidad patrimonial alguna de orden civil, comercial o laboral, como tampoco a la Nación en los términos del artículo 40 del Decreto 1922 de 1994 y en consecuencia se opone a la responsabilidad solidaria invocada en las pretensiones.

Cafesalud E.P.S. S.A, en síntesis se opone a las pretensiones, manifestando que nunca a sido beneficiario de los servicios de la demandante, y que se acoge a las manifestaciones de la parte actora en

cuanto pregonan la existencia del contrato de trabajo con la Entidad Promotora de Salud Saludcoop E.P.S. y con la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPP Saludcoop Bogotá; agrega que el vínculo con la demandada Saludcoop E.P.S nace la asignación de afiliados para atención dispuesta en la resolución 002422 de 2015 emanada de la Superintendencia Nacional de Salud.

Saludcoop E.P.S. se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en que cedió el contrato de trabajo de la actora a la IAC GPP Saludcoop, en la medida en que solo se dedica a labores de aseguramiento del POS y sostuvo un vínculo con la demandante desde el año de 1999 hasta el año 2003, sostiene que no se da la solidaridad que plantean las pretensiones porque no hay presupuesto legal para declararlo en los términos del artículo 61 de la ley 1116 de 2006.

La I.A.C. GPP Saludcoop en liquidación, contesto a través de su liquidador, indicando su condición de subordinada respecto a la matriz Saludcoop E.P.S. en liquidación, acreditación de la que da cuenta el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá; agrega que en realidad la demandante y los demás trabajadores vinculados a la A.I.C estaban dedicados a la prestación de sus servicios personales a las demás entidades del grupo a saber: Saludcoop EPS, Café Salud E.P.S hoy Medimás E.P.S., Cruz Blanca y Esimed en la medida que fueron cancelando los contratos de suministro de personal, dejaron a todos los trabajadores en inminente riesgo de perder sus acreencias laborales.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de marzo de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora ESPERANZA GUERRERO CASTRO quien se identifica con c.c. 51 .310.014 y SALUDCOOP E.P.S OC EN LIQUIDACIÓN con Nit. 800.250.119-1 existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual estuvo vigente entre el 29 de junio de 1999 y el 17 de marzo del año 2016, cuya última asignación básica mensual correspondió a la suma de \$873.600.

SEGUNDO: CONDENAR a SALUDCOOP E.P.S OC EN LIQUIDACIÓN a pagar a la demandante la señora ESPEPANZA GUERRERO CASTRO las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- Por cesantías: \$921.823
- Por intereses a las cesantías \$110.619
- Por prima de servicios: \$921.823
- Por vacaciones: \$530.227; valor que deberá ser indexado al momento de su pago.
- Indemnización por despido sin justa causa contenida en el artículo 6d del C.S.T: \$10.040 576; valor que deberá ser indexado al momento de su pago.
- Por la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990: \$960.960
- Por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T: \$20.966.40C: y a partir del 18 de marzo de 2008 deberá el empleador reconocerle los intereses moratorios certificados por la Superfinanciera hasta la fecha en que se acredite el correspondiente pago.

TERCERO: CONDENAR a SALUDCOOP E.P.S OC EN LIQUIDACIÓN para que solicite el cálculo actuarial a AFP PROTECCION S.A o al fondo donde se encuentre afiliada la demandante, por los tiempos pendientes de cotización entre los meses de enero de 2015 y el 17 de marzo de 2016, que deberá cancelar en la cuenta de ahorro individual de la señora ESPERANZA GUERRERO CASTRO quien se identifica con c.c. 51.310.014

CUARTO: ABSOLVER a SALUDCOOP E.P.S OC EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: ABSOLVER a las restantes demandadas, esto es, a la INSTITUCIÓN AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GPP SALUDCOOP BOGOTÁ, CAFESALUD E.P.S S.A., y la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD de las pretensiones incoadas en su contra dentro del libelo introductor.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADOS los medios exceptivos propuestos por SALUDCOOP E.P.S OC EN LIQUIDACIÓN.

SÉPTIMO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de SALUDCOOP E.P.S OC EN LIQUIDACIÓN y a favor de la parte actora. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.

Para motivar la decisión la juez de primera instancia identifico como problema jurídico, determinar si entre la demandante y la demandada Saludcoop entidad promotora de salud en liquidación, existe un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 21 de junio de 1999 hasta el 22 de marzo del año 2016 y, si como consecuencia le asiste derecho a

la parte actora al reconocimiento y pago de sus acreencias laborales. correspondiente a los años 2015 y 2016 por concepto de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, la sanción por la no consignación de las cesantías en el fondo, los aportes a la Seguridad Social integral, la indemnización, moratoria y la actualización de las sumas que sean reconocidas en la sentencia; identifiqué como un segundo problema determinar si entre los demandados existe solidaridad frente a las obligaciones que se lleguen a reconocer.

Enuncio que para dar solución a los problemas planteados, en búsqueda de la verdad real frente a la controversia daría aplicación a lo dispuesto en el artículo 53 de nuestra Constitución política, que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. En desarrollo de tal enunciado indico que la existencia del contrato de trabajo tiene sustento en las condiciones fácticas que rodearon su ejecución, tales como quien fungió como verdadero empleador, quien daba las órdenes, para quien se desarrollaba la actividad. Indico que, si de tales circunstancias de tales circunstancias se establece que la actividad desarrollada por la actora fue dependiente y subordinada respecto de una entidad, respecto de esta se predicaría la existencia del contrato de trabajo.

Enuncio que la demandada, con el objeto de desvirtuar la relación laboral con la actora, sostuvo que a partir del primero de noviembre del año 2003 ocurrió una sustitución de patronos, que opero en virtud de la cesión de los contratos de trabajo a la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPS Saludcoop Bogotá, en los términos del artículo 67 de nuestro Código sustantivo del trabajo.

Luego de enunciar el marco normativo, paso a la evaluación de las pruebas aportadas en el proceso con el objeto de determinar las circunstancias propias de la relación de trabajo predicada en la demanda, enunciando que lo haría en atención a lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social. En tal virtud enuncio que frente a la continuidad de la empresa y del trabajador, se

encuentra acreditado que el primero de noviembre del año 2003, Saludcoop OC, invocando el cumplimiento de la exigencia hecha por la Superintendencia Nacional de Salud, consistente en separar las actividades de prestación de servicios de las de aseguramiento, decidió ceder el contrato de trabajo de la demandante a la Institución Auxiliar de Cooperativismo GPS Saludcoop Bogotá con nit 830129689 – 0, decisión que le fue comunicada mediante oficio calendado el 31 de octubre del año 2003, mediante el cual se le informó que a partir del primero de noviembre, la última entidad referenciada pasaba a constituirse en su empleador, admitiéndose en tal documento que la fecha de iniciación del nuevo contrato de trabajo sería el de 1 noviembre del año 2003. Determino el juzgado que la demandante continúa ejerciendo la misma función de auxiliar de citas o auxiliar de servicio al cliente con el mismo salario, tal como se acredita de la copia del contrato de trabajo que obra en los folios 29 y 30 de las diligencias y los documentos de folios 51 y 52 que corresponden a la certificación laboral.

Sobre el cambio de un empleador por otro, encontró el juzgado que mediante acta de constitución de la Institución Auxiliar del Cooperativismo GPS Saludcoop Bogotá, que se encuentra en los folios del 32 a 35, se establece que la asamblea de conformación se realizó en las instalaciones de salud EPS Saludcoop OC y, que esta se vinculó como asociado fundador de la institución. Enfatizo la juez de primera instancia en que según el artículo 91 de la Ley 79 de 1988, por la cual se actualizó la legislación cooperativa, **los organismos cooperativos pueden directamente o en forma conjunta, crear instituciones auxiliares de cooperativismo orientadas exclusivamente al cumplimiento de actividades de apoyo a complementación de su objeto social.**; precepto a partir del cual dedujo la juez de instancia que el anunciado nuevo empleador dependía directamente de la EPS Saludcoop OC y tenía por objeto **complementar su objeto social sin independencia de la primera**, entendiendo que la institución auxiliar de Cooperativismo, se creó para dar apariencia de cumplimiento a lo dispuesto por la Superintendencia de Salud. Agrego que la ICA GPS Saludcoop, tal y como lo observo la Superintendencia de la Economía Solidaria mediante la resolución número 2017 140002055 del 27 de abril del año 2017, luego

de una visita efectuada la institución auxiliar evidenció que en la realidad la organización no contaba con organismos de dirección ni control que protegiera a los intereses de los asociados y de los trabajadores que dependen de ella, con el agravante que la organización estaba incumpliendo las órdenes e instrucciones impartidas por el organismo de control; rehusándose a suministrar la información y persistiendo en el manejo de la prestación de servicios y la de aseguramiento, poniendo en riesgo la prestación de los primeros, lo cual ocasiono a la postre la toma de posesión para la liquidación forzosa administrativa de la institución.

En síntesis, considero la juzgadora que entre Saludcoop OC y la institución auxiliar del cooperativismo, no ocurrió una sustitución patronal respecto de la demandante, por las razones precedentes expuestas. Agregó que ninguna de las entidades vinculadas al proceso le respondió a la demandante por las obligaciones laborales y se generó una confusión frente al obligado con la figura utilizada por Saludcoop EPS., a pesar de lo cual las pruebas y evidencia procesal reseñadas le permitieron concluir que la demandante en realidad prestó sus servicios para Saludcoop E.P.S. OC mediante contrato de trabajo que se ejecutó desde el 21 de junio del año 1999 hasta el 17 de marzo del año 2016, fecha para la cual se dio por terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador, procediendo a negar las excepciones propuestas y a realizar la tasación de las obligaciones causadas en favor de la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de Saludcoop E.P.S. interpuso el recurso de apelación, con sustento en lo siguiente:

En síntesis, el recurrente manifiesta que no comparte los argumentos expuestos por el juzgado y que la decisión le resulta incongruente, insistiendo en que Saludcoop EPS dejó de tener la condición de beneficiario de los servicios personales de la demandante. Afirma que la misma actora identifica como sus últimos empleadores a Cafesalud EPS y a ESIMED, estas últimas sin ninguna relación con la demandada Saludcoop EPS OC. Sostiene el recurrente que Saludcoop EPS entro en

liquidación a partir del 25 de noviembre de 2015, quedándole prohibido ejercer cualquier tipo de actividad relacionada con su objeto social a partir de tal fecha, por lo que no podría explicarse que papel desempeñaría una trabajadora cuya actividad estaba vinculada a la asignación de citas médicas y cuyo contrato de trabajo fue terminado por una entidad denominada ESIMED, que no fue demandada en el presente proceso. Considera el recurrente que no se puede declarar el contrato de trabajo con Saludcoop EPS, pues esta ausente el elemento subordinación, que no puede asignarse a su representada en virtud de su situación de liquidación y de la cesión de contrato de trabajo en favor de la IAC GPP Saludcoop, la cual produjo sus efectos a partir del 1 de noviembre de 2003, correspondiendo satisfacer las obligaciones laborales reclamadas por la actora a las empresas Cafesalud EPS y ESIMED, sin que haya sustento para declarar solidaridad alguna de Saludcoop EPS OC.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba fundado declarar que entre la demandada Saludcoop EPS OC y la demandante existió un contrato de trabajo desde el 29 de junio de 1999 al 17 de marzo de 2016, como se determinó por el a quo y en caso afirmativo, si resulta procedente confirmar las condenas impuestas.

La sala confirmara la sentencia impugnada, por considerar que la decisión de primera instancia encuentra resulta congruente y tiene sustento factico y legal, tal como se pasa a exponer:

El recurrente no discute la vinculación de la demandante mediante contrato de trabajo, la prestación de los servicios personales entre los extremos indicados en la demanda, ni el valor de las condenas impuestas.

La discrepancia con la decisión de primera instancia esta en que su representada Saludcoop EPS OC en liquidación no es la responsable del pago de los salarios y prestaciones sociales de la demandante, en razón

de haber dejado su condición de empleadora desde el 1 de noviembre de 2003 y de haber entrado en liquidación obligatoria a partir del 25 de noviembre de 2015 por decisión de la Superintendencia de Salud.

Esta sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

Por decisión de la Superintendencia de Salud se ordeno a la demanda desprenderse de la prestación de servicios de salud por considerarla inconveniente y contraria a las disposiciones en la materia, puesto que simultáneamente prestaba los servicios de aseguramiento en salud; hecho que no es discutido en el proceso y es aceptado por las partes, amén de que cuenta con el respaldo documental citado por el juzgado.

Para atender lo solicitado en la resolución anteriormente citada, Saludcoop EPS promovió la creación de la IAC GPP Bogotá, a la cual *cedió el contrato de trabajo de la demandante a partir del 1 de noviembre de 2003*, contrariando como lo enunció la decisión de primera instancia, lo señalado por la Supersalud en cuanto al deber de desprenderse de la prestación de los servicios de salud, pues resulta evidente que promovió la creación de unas instituciones de carácter cooperativo que por ley solo podía dedicarse a laborales de apoyo a SaludCoop EPS, quedando bajo su poder subordinante ante la carencia de autoridades propias como lo señaló la Superintendencia de Cooperativas.

Bajo las anteriores premisas carece de sustento sostener la ocurrencia de una sustitución de patronos, que en los términos del artículo 67 del CST *se entiende por sustitución de patronos, todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto a éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios*, ya que en desarrollo de esta norma, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia SL 850 del año 2013, señaló que la sustitución patronal opera por el cambio de empleador, cualquiera que sea su causa, con el objeto de impedir el desmejoramiento de la situación de los empleados, provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas; presupuestos que no estuvieron

presentes en este caso porque como quedó demostrado la creación de la IAC GPP Bogotá, no podía tener por ley un objeto distinto al de prestar apoyo a las actividades de la EPS Saludcoop, sin autoridades propias y con el propósito de desatender a las decisiones de la Supersalud; situación que a la postre derivó en la intervención forzosa y su consecuente entrada en liquidación en el año 2015, sin que por ello perdiera la condición de sujeto de derechos hasta el agotamiento del proceso.

Confirma lo anteriormente enunciado, lo declarado por el señor Luis Antonio Nieves Rojas, liquidador de I.A.C. GPP Saludcoop en liquidación, que en documento de folios 371 y s.s. indica que los servicios personales de quienes aparecían como trabajadores de la institución, realmente se prestaban a los integrantes del grupo Saludcoop incluidos Cafesalud, Medimas, Cruz Blanca y Esimed, identificando como matriz a Saludcoop EPS OC; de donde emanaban todas las disposiciones en materia de personal, afirmaciones que sustenta en el Certificado de Cámara de Comercio de Bogotá emitido por oficio 89255 de la Supersociedades en el que se refrenda la condición de Saludcoop EPS OC como controlante de la IAC.

Bajo las anteriores premisas y el precedente contenido en la CSJ-SL3130 de 2018, le asiste razón a la juzgadora de primera instancia al afirmar que no se presentó una sustitución de patronos y que la demandada Saludcoop EPS CO, es la verdadera empleadora de la demandante y la obligada al reconocimiento de las condenas impuestas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 24 de febrero de 2021 dentro del

proceso ordinario laboral de Esperanza Guerrero Castro en contra de Saludcoop EPS OC en liquidación

SEGUNDO: Costas en la instancia a cargo de la recurrente.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO ALBA CECILIA GUERRERO CUADROS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 029 2022 00136 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2023.

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

COLPENSIONES, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que la parte demandada no probó la obligación legal que tenía de brindar la información y asesoría a la demandante, esto de conformidad con la jurisprudencia que señala que la información que se ha de proporcionar trasciende el simple deber de información, en virtud de que la administradora tiene el deber del buen consejo, situación que en el caso bajo estudio no se dio.

I. ANTECEDENTES

La señora Alba Cecilia Guerrero Cuadros, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones el producto de la liquidación del saldo total de la cuenta individual, incluidos los valores correspondientes a las cotizaciones, tanto legales como voluntarias, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración, junto con sus frutos e intereses.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 24 de abril de 1963, que cotizó al sistema general de pensiones con varias empresas privadas y como independiente; que el 1 de abril de 1995 se traslado a Porvenir S.A., sin que el asesor de fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre el cambio de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el Código Civil, la ley 1328 de 2009, el Decreto 2071 de 2015y las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicado números 46292 del 2014, 1688 de 2019, 12136 de 2014, 1688 de 2019, 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se

le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza, dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción, caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena de costas y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la vinculación efectuada el 3 marzo de 1995 por la demandante fue libre e informada, luego de que recibiera información de manera, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de marzo de 2023, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciera la señora ALBA CECILIA GUERRERO CUADROS identificada con C.C. N.51.699.414, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con fecha de solicitud 03 de marzo de 1995 inicio de efectividad 01 de abril de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORACOLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ALBA CECILIA GUERRERO CUADROS, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE

FONDOSDE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENAS en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S"

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con el amplio desarrollo jurisprudencial desde el año 2008 y ha sido la Corte Suprema de Justicia quien ha fijado las reglas que se deben tener en cuenta al momento de estudiar los procesos de esta índole, indicando que, desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993 existía el deber de información, que además el Juez debe ubicarse en el momento histórico en el cual se da el traslado para determinar cuáles eran las obligaciones tenían los Fondos en ese momento. Se debe demostrar en juicio, por parte del Fondo de Pensiones al cual se trasladó el demandante, que en efecto cumplió con la obligación de información. La simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Lo anterior conforme a la sentencia SL 5687 de 2021, la cual ratifica lo dicho en sentencias anteriores.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en lo referente a la orden de reintegro de recursos al régimen de prima media para que en segunda instancia adicione o modifique la sentencia; en el sentido de que frente a la declaratoria de ineficacia de traslado de conformidad con la jurisprudencia esta debe incluir además de los valores relacionados los correspondientes al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo

ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 3 de marzo de 1995.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben

efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración y seguros previsionales, esto de conformidad con lo dispuesto por nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de marzo de 2023, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración y seguros previsionales.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA ELIZABETH BALAGUERA NAVAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 034 2020 00101 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código civil (error, fuerza o dolo) encontrándose frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la accionante y las AFP demandadas, por no tratar de un error dirimente o error de nulidad.

PORVENIR S.A, solicitó revocar la sentencia de instancia al considerar que no existe fundamento legal para ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, en virtud de que ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, quien no administró los portes pensionales de la actora.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que Protección S.A., al momento de la afiliación no le informó a la actora las implicaciones del traslado de régimen, las consecuencias del mismo, ni puso de presente las condiciones de pensionarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad y las diferencias de dichas con el RPM.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colmena hoy Protección S.A, a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A y posteriormente a Colfondos y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, la totalidad del dinero que exista en la cuenta de ahorro individual, incluyéndose los aportes de pensión efectuados, los rendimientos, bonos pensionales y/o títulos pensionales, comisiones y gastos de administración; así como también se le ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 12 de abril de 1962; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 1 de noviembre de 1979, con un total de 582.86 semanas cotizadas; que el 1 de abril de 1998 se trasladó a Colmena hoy Protección S.A; que el 1 de julio de 1999 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A y posteriormente se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos fondos privados hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 13,21,48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos

1502 y siguiente del Código Civil, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 656 e 199, la Ley 797 de 2003, la Ley 100 de 1993 y las sentencias de las Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 , 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, no configuración del derecho a pago de interese moratorios y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda en su contra, precisó que se está frente a un acto existente, válido exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación, traslado de aportes y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda en su contra, precisó que al vinculación que realizó el 1 de julio de 1999 la demandante con la AFP fue libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda en su contra, precisó que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar de forma

favorable, en virtud de que la actora se encuentra válidamente vinculada al RAIS. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de octubre de 2022, el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante BLANCA ELIZABETH BALGUERA NAVAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora BLANCA ELIZABETH BALGUERA NAVAS en el presente proceso.

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades demandadas en sus contestaciones.

QUINTO. COSTAS. Serán a cargo de Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A., tásense las agencias en un (01) SMLMV, a cada una de ellas.

SEXTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso; por lo que le corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen

pensional; presupuesto probatorio que se aplica sin importar que el afiliado tuviera o no un derecho consolidado, una expectativa legítima o un beneficio transicional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que la entidad nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la actora y las AFP, por cuanto no tuvo injerencia alguna para que la demandante tomara la decisión de trasladarse al RAIS; así como tampoco la actora se acercó a las instalaciones de Colpensiones para asesorarse respecto de la decisión tomada, por lo que no es la entidad quien deba asumir las consecuencias de la falta de información; precisó que debe tenerse en cuenta la diferente distribución del aporte por parte de las entidades, por lo que la declaración iría en detrimento patrimonial del fondo y pone en riesgo la sostenibilidad financiera y la descapitalización del sistema pensional; en consecuencia, solicitó revocar la sentencia de instancia y en caso de confirmarse la misma se trasladen a Colpensiones las cotizaciones, cuotas abonadas al fondo de pensión mínima, rendimientos financieros, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración debidamente indexadas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A del 1 de julio de 1999 y a Colfondos S.A., al 28 de abril de 2000.

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

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

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los

gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Porvenir S.A. Protección S.A y Colfondos S.A, a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de octubre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A, Protección S.A y Colfondos S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO PABLO REMARCHUCK OBANDO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 036 2021 00117 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de marzo de 2023.

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

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que a la fecha de solicitud de afiliación al RPM la efectuó cuando contaba con la edad para adquirir la pensión de vejez, por lo que no era viable retornar al régimen de prima media, dado que, debió hacerlo cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir con el requisitos de la edad para adquirir su derecho pensional.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que de conformidad con pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia la suscripción del formulario de afiliación no son suficientes para demostrar el deber de información de las administradora de pensiones, toda vez que si bien se puede tomar como consentimiento del afiliado, no puede predicarse que el mismo haya sido informado.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia y /o de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a dicha AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 13 de octubre de 1961; que se trasladó a Protección S.A., el 9 de julio de 1999 con fecha de efectividad 1 de septiembre de 1999, sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 97 de la Ley 663 de 1993, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado 31989 de 2008, 46292 de 2014,.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación realizada al rais por el demandante cuenta con validez, en virtud de que obra como soporte el formulario de afiliación a Protección S.A. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de la causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PROTECCION S,A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que frente al traslado que realizó la demandante, el mismo es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por PABLO REMARCHUCK OBANDO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1o. de septiembre de 1999, a través de PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y

comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en consideración a que debe tenerse en cuenta que la inversión de la carga de la prueba no puede recaer exclusivamente en cabeza de la AFP, en razón que el demandante contaba con los medios y capacidades para comprender que era lo que estaba firmando, ilustrarse e informarse al respecto; resaltando que todas las actuaciones de la entidad se encuentran permeadas por la buena fe y la negativa de recibir al demandante se fundamenta en el cumplimiento del deber legal que se encuentra plasmado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace

libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 9 de julio de 1999.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO IVONNE JEANNETTE DIAZ YAMAL
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 036 2022 00033 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de marzo de 2023.

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

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que la AFP incumplió el deber legal de información consagrado en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que para el momento del traslado de régimen pensional del demandante se encontraba vigente, en virtud de que no explico al actor las diferencias ni los beneficios de cada régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colmena hoy Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a dicha AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 22 de diciembre de 1962; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales; que el día 22 de julio de 1996 se trasladó a Colmena hoy Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 53, 58 de la Constitución Política, la ley 100 de 1993, los artículos 1508,1510,1511 del Código Civil, los artículos 11, 12 y 13 del Decreto 692 de 1994, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera, el artículo 12 del Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado números 68838 de 2019, 45050 de 2016, 4222 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la accionante se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, por lo que no hay lugar a declarar ineficaz el traslado al RAIS. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PROTECCION S,A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que frente al traslado que realizó la demandante, el mismo es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible de la demandada, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por IVONNE JEANNETTE DÍAZ YAMAL del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1o. de junio de 1996, a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado

por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en consideración a que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Protección S.A., en virtud de que el traslado se dio libre, consciente y de forma voluntaria, encontrándose que la AFP cumplió con el deber de información que se exigía para la época en que se efectuó dicho acto y en el caso en que no se haya cumplido con el presupuesto, esto se encuentra saneado, toda vez que la actora se encuentra afiliada al RAIS desde hace más de 25 años. En consecuencia solicitó absolver de todas la pretensiones incoadas en su contra.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 22 de julio de 1996.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA ÓLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA LUISA RODRIGUEZ ALFONSO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 037 2021 00364 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Hernán Felipe Jiménez Salgado, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.899.841 y tarjeta profesional No. 211.401 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada

Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre de 2022, en la cual se declaró la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A. y se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión para que en su lugar se absuelva de las condenas efectuadas.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia del traslado de régimen que realizó al RAIS con Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, frutos, intereses, bonos pensionales y gastos de administración, a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y a recibir todos los valores objeto del traslado. Igualmente, se reclama

el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 1° de julio de 2019, junto con los intereses moratorios. Finalmente, solicita el pago de los perjuicios morales y el pago de las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 1° de julio de 1962; que realizó aportes a Cajanal, por el periodo comprendido entre el 13 de noviembre de 1982 hasta el 30 de noviembre de 2007; que efectuó cotizaciones entre el 1° de mayo de 2012 hasta 28 de febrero de 2013, en entidades públicas; que según formulario de afiliación del 26 de marzo de 2013, registra vinculación inicial en pensiones con Porvenir S.A., administradora en la que efectuó aportes entre marzo de 2013 hasta abril de 2014, a pesar que se encontraba incurso en la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo que esa afiliación no podía tener efecto jurídico alguno; que en todo caso los asesores de Porvenir S.A., no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que eran parcialmente ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que la afiliación al RAIS se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, precisando que si bien la demandante solicitó nulidad de traslado de régimen pensional y reclamó la mesada

pensional a Colpensiones la misma se encontraba afiliada al RAIS, tiempo para el cual se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes era ilegal e improcedente, lo que imposibilita a Colpensiones reactivar la afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados por la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad, razones por las cuales tampoco era procedente el reconocimiento pensional efectuado.

Propuso las excepciones de mérito que denomino: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición, radicó en que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante era completamente válido y eficaz, señalando que en la vinculación a la administradora de pensiones Porvenir, se brindó la información suficiente para generar en la demandante una decisión libre y voluntaria a fin de elegir el régimen que mejor se ajustara a sus intereses, explicando las características del RAIS, en comparación con las condiciones del RPM, sin mediar actuar deshonesto, omisivo o doloso, que el fondo cumplió con su deber de información, según los mandatos legales vigentes para la

época y que la demandante no allegaba prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o la presunta falta en el deber de información.

Propuso las excepciones de: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de diciembre 2022, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora BLANCA LUISA RODRÍGUEZ ALFONSO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 26 de marzo de 2013. En consecuencia, DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

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

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, a reconocer y pagar a favor de la demandante señora BLANCA LUISA RODRÍGUEZ ALFONSO, pensión de vejez que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 modificado por la ley 797 del año 2003, efectivo a partir del 23 de marzo de 2021; con una mesada pensional inicial en la suma de \$1.078.568; junto con el retroactivo pensional causado entre el 23 de marzo de 2021 al 31 de octubre del 2022, en la suma de \$23.403.378 sin perjuicio de las que se llegaren a causar con posterioridad, valor que deberá ser reconocido en forma indexada desde la causación de cada mesada pensional hasta que se realice el pago efectivo de la obligación. Se AUTORIZA a la entidad demandada para que del valor del retroactivo pensional realice los descuentos que correspondan con destino al sistema general de seguridad social en salud.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de la demandada PORVENIR S.A., para tal efecto si fijan como agencias en derecho 1 SMMLV, por secretaría tásense en la etapa procesal pertinente.

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

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado, que la carga de la prueba sobre ese deber de información estaba en cabeza de las administradoras pensionales y que de las pruebas recaudadas tales como interrogatorio de parte no se logró acreditar el cumplimiento del mismo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La apoderada de la parte actora, solicitó que se modificara la sentencia en el sentido de que ordenara el traslado de todo lo que tenía la actora en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, tales como aportes, rendimientos, seguros previsionales y gastos de administración y que estos fueran debidamente indexados. En cuanto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, señaló que este debía efectuarse a partir del 1° de julio de 2019, fecha en que la demandante cumplió los 57 años, reconocimiento que era viable desde tal fecha dado que la actora había dejado de cotizar desde el año 2013 y en su caso no había operado el fenómeno de la prescripción, igualmente, solicita en cuanto al monto de la prestación revisar el IBL y considerar para tales efectos los registros en el cecil, así como, reclama el pago de los intereses moratorios.

El apoderado de Colpensiones, por su parte, indicó que presentaba recurso de apelación parcial en cuanto los emolumentos ordenados se ordenaron trasladar sin la respectiva indexación, lo cual afectaba el principio de sostenibilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655**

01, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación y traslado, el 26 de marzo de 2013 a Porvenir S.A. (fl. 47 archivo 08 del expediente digital).

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS, el mismo no resulta suficiente para considerar que el actor recibió el consentimiento informado pues según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora suministró al posible afiliado una mínima información, debe estar claro que se informó acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco resultaba factible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la actora, por lo que resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Porvenir S.A., tal como se señaló por el a quo.

En este punto, resulta oportuno mencionar que si bien la demandante estuvo afiliado en forma primigenia a Cajanal, quien debe recibir la afiliación de la actora es Colpensiones, pues en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la sentencia SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban

retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

De conformidad con el precedente citado y el marco normativo allí aludido, se tiene que ante la liquidación y supresión de Cajanal, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por los afiliados a los fondos privados en este tipo de asuntos.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si tales rubros o emolumentos deben ordenarse debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

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

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez ordenada por el fallador de primera instancia, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos del demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que en el caso bajo estudio, es indispensable que tanto los aportes como los demás recursos del afiliado se encuentren debidamente depositados dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda

analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante.

En consecuencia, se revocará el numeral 3° de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones respecto del reconocimiento de la pensión de vejez efectuado en favor de la demandante, por las razones mencionadas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de diciembre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver aportes, rendimientos, seguros previsionales y gastos de administración, debidamente indexados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de diciembre de 2022 y en su lugar absolver a Colpensiones del reconocimiento pensional ordenado a favor del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DAGOBERTO
JOSE GUIO GUIO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 038 2020 00320 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de mayo de 2022. La sentencia ordenó la actualización de la historia laboral de la demandante incluyendo como tiempos efectivamente cotizados el lapso comprendido entre el 4 de marzo de 1987 y

el 31 de diciembre de 1994. El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y en su lugar sea absuelta de lo ordenado.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que Colpensiones incumplió su deber de realizar el cobro de los aportes al patrón moroso Sociedad Requisas Ltda., por lo que debía allanarse a la mora y que cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en consecuencia, se condenará a la demandada a incluir en la historia laboral del demandante los periodos comprendidos del 1987-02-01 al 1994-12-31 tiempo en el que laboró para Requisa Ltda. y se le reconociera y pagara la pensión de vejez desde que presentó la solicitud, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que nació el 02 de febrero de 1956; su historia laboral con corte de agosto de 2019, registra 1027.86 semanas cotizadas, no obstante, no se han computado los periodos en los que laboró para el empleador Requisas Ltda., que comprende el periodo del 1° de febrero de 1987 al 31 de diciembre de 1994, los cuales equivalen a 406,99 semanas, que en la historia laboral generada el 29 de septiembre de 2005, no se evidenciaba ninguna mora por parte del

empleador pero desde el año 2014, no se veían reflejados los años laborados para Requisas Ltda.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la responsabilidad era exclusiva del empleador, y era a este a quien se debía requerir, ya que en estos casos no existía obligación por parte de la entidad de realizar las acciones de cobros pertinentes, ya que esta solo procedía en los eventos en los que existiera una deuda por concepto de mora por parte del empleador, siendo que las entidades administradoras carecían de título legal para promover trámite alguno contra los empleadores omisos, por cuanto no sería jurídicamente viable cobrar cotizaciones respecto de un trabajador que no pertenecía al SGSS por no existir afiliación o por la falta de reporte de la novedad de ingreso por parte del empleado, además se indicó que no era factible el reconocimiento pensional en tanto no se cumplía con el requisito de las 1300 semanas.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que actualice la historia laboral del demandante incluyendo en ella como tiempos efectivamente cotizados los ciclos correspondientes al lapso comprendido entre el 4 de marzo de 1987 al 31 diciembre de 1994 por cuenta del empleador REQUISAS LTDA en la forma señalada en la parte emotiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento de pensión de vejez al demandante DAGOBERTO JOSÉ GUIO GUIO, Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y se considera relevado del estudio de las planteadas frente a la absolución producida.

CUARTO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada, en firme la presente providencia, por Secretaría practicarse la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor del demandante.

QUINTO: si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia Consúltese con el Superior

Como fundamento de la decisión el juzgado señaló, que no se acreditada que Colpensiones hubiese adelantado con diligencia y en forma oportuna las acciones de cobro correspondientes frente al empleador moroso Requisa Ltda., respecto de las cotizaciones por el periodo comprendido entre el 4 de marzo de 1987 y el 31 de diciembre de 1994 (equivalente a 408.98 semanas), encontrándose acreditada la afiliación del demandante y la anotación de la mora en la historia laboral, razones por las cuales atendiendo la línea jurisprudencial del órgano de cierre tal situación no podía afectar los derechos de los afiliados y ordenó la actualización de la historia laboral considerando los mismos.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, aludió que el actor no era beneficiario del régimen de transición y por tanto el derecho se regulaba por la Ley 100 de 1993, con las

modificaciones de la Ley 797 de 2003, así precisó que el actor arribó a los 62 años de edad, el 2 de diciembre de 2018, pero en cuanto a las semanas aun considerando la actualización realizada por los tiempos con Requisa Ltda., no se alcanzaban las 1300 semanas, siendo que existían periodos dobles o coetáneos de cotización con otras empresas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que la entidad se encontraba con falta de legitimación en la causa por pasiva pues las pretensiones correspondían a reclamaciones de carácter laboral, ya que se oponían a la naturaleza jurídica de la entidad como administradora del RPM, precisando que si bien se había solicitado la inclusión de cotizaciones por el tiempo Laborado con el empleador Requisas Ltda, la entidad no contaba con la información legal para iniciar acciones correspondientes de cobro coactivo o persuasivo en contra de dicho empleador, trayendo en soporte lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 3041 de 1966 y el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, concluyendo que la responsabilidad era única y exclusiva del empleador y por tanto era a este a quien el trabajador debía requerir, sin que existiera obligación por parte de la entidad de realizar las acciones de cobro tratándose de un trabajador que no pertenecía al SGSS.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable o no la actualización de la historia laboral del demandante ordenada por el a quo.

En el presente asunto no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el actor presentó reclamación administrativa ante la demandada conforme se desprende de la resolución No. SUB 353764 del 26 de diciembre del 2019 y ii) que se encontraba acreditada la afiliación del demandante al SGSS en pensiones con el ISS hoy Colpensiones, registrando novedad de ingreso con el empleador Requisas Ltda., el 4 de marzo de 1987, no obstante, presentaba mora en el pago de los aportes por el lapso comprendido entre el 4 de marzo de 1987 y el 31 de diciembre de 1994, según se evidenciaba de la de historia laboral allegada y en la comunicación expedida por Colpensiones, el 31 de julio de 2014.

Ahora bien, de lo expuesto en el recurso de apelación se desprende que el reproche que se efectúa gira en torno a que en asunto se trataba de un omisión en la afiliación y no de mora en el pago de aportes, a efectos de dilucidar ante cuál de estas situaciones nos encontramos conviene recordar lo expuesto por la C.S.J., S.C.L. en sentencia SL14388-2015, en donde señaló:

“(...)

En torno a este tópico, a partir de sentencias como la CSJ SL, 27 en. 2009, rad. 32179, reiterada en las CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 42398; CSJ SL464-2013 y CSJ SL16715-2014, esta Sala de la Corte ha definido que las normas llamadas a definir los efectos de la «falta de afiliación» o de la «mora» en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados. Ello a diferencia de los procedimientos de cobro de aportes en mora e imputación de pagos a cargo de las entidades de seguridad social, que, por su naturaleza, sí deben regirse por las normas vigentes al tiempo de la omisión.

Ha dicho la Sala, en ese sentido, que «...las normas que pueden contribuir a resolver esas hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.» Ver CSJ SL2731-2015.

(...)

2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.»

Por otra parte, en torno a las hipótesis de la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, la Corte venía sosteniendo que no era posible asemejar ese fenómeno al de la «mora» en el pago de los aportes, pues «...no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de

seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social.» (Ver sentencias CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023; CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 42243; y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 43188).

En consonancia con lo anterior, en sentencias como las CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 39811; CSJ SL, 13 mar. 2013, rad. 39874; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587, la Corte sostenía que la consecuencia de la falta de afiliación al sistema de pensiones era que el empleador asumiera el pago de las prestaciones, en los mismos términos en los que las hubiera concedido el Instituto de Seguros Sociales. Predicaba la Corte que «...cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliarse al sistema, lo que apareja que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, le corresponde asumir la pensión, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral. En efecto, si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia.»

(...)

No obstante lo anterior, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.

(...)

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.

(...)"

De acuerdo con el precedente citado, lo primero que habría que señalar es que las normas llamadas a definir los efectos de la falta de afiliación o de la mora en el pago de los aportes al sistema de pensiones, serían las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada o como en el caso al momento de analizar la prestación, sin que para el caso sean aplicables las traídas a colación por la recurrente, tales como el Decreto 3148 de 1966.

Igualmente, se concluye que la mora en los aportes, se presenta cuando el empleador que tiene a sus trabajadores afiliados se encuentra en mora en el pago de cotizaciones, mientras que la omisión en la afiliación se presenta cuando el empleador no ha cumplido con la obligación de afiliar al sistema, existiendo tratamientos diferentes cuando se presenta uno y otro, pues ante la mora en los aportes esta no puede ser desconocida por la respectiva entidad para efectuar el reconocimiento de la prestación, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro, mientras que en el caso de la omisión de la afiliación esta recae directamente en el empleador.

Ahora bien, en la historia laboral y/o reporte de semanas cotizadas obrantes en el expediente administrativo allegado por el mismo Colpensiones actualizado a 22 de mayo de 2018, en el acápite de detalles de pago efectuados anteriores a 1995, se registran como periodos en mora por parte del empleador el comprendido entre 04/03/1987 y el 31/12/1994, aspecto que se ratifica con la comunicación expedida el 31 de julio de 2014, en la que con ocasión a solicitud de corrección historia

laboral presentada por el actor se le informa “(...) *Los ciclos 1987-03 a 1994-12 con REQUISAS LTDA figuran en deuda En razón a lo anterior y de acuerdo a las atribuciones que nos competen y a las leyes vigentes, hemos requerido al empleador el pago de los ciclos pendiente (...)*”, de lo que resulta claro que estamos frente a una mora en el pago de aportes.

En consecuencia, Colpensiones debió haber adelantado las acciones de cobro de que trata el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y seguir el procedimiento establecido en el artículo 2.2.3.3.5. del Decreto 1833 de 2016, no obstante, no fue allegada prueba distinta al comunicado antes mencionado, el cual resulta insipiente para considerar que se adelantaron las acciones pertinentes y oportunas, razones por las cuales se procederá a conformar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de mayo de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
ATECNO S.A. CONTRA CAFESALUD EPS S.A. EN
LIQUIDACIÓN Y MEDIMAS EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00874 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Atecno S.A., contra el fallo proferido el 25 de marzo de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020¹.

¹ Remitido a esta corporación en primera oportunidad el 15 de julio de 2021 y en segunda oportunidad en febrero de 2023.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

Atecno S.A., pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas en favor de algunos de sus trabajadores prescritas por médicos adscritos a la EPS demandada junto con el pago de los intereses moratorios causados.

Sustentó sus pretensiones en que sus trabajadores se encontraban afiliados a la EPS en calidad de cotizantes dependientes del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en vigencia de la relación laboral presentaron incapacidades médicas, respecto de las cuales la EPS se ha negado a pagar las mismas a pesar de las solicitudes de pago que se le habían presentado.

II. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

Cafesalud EPS, manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo registrado en el sistema Heon, las 13 incapacidades por enfermedad general solicitadas estaban reconocidas y liquidadas pero su pago estaría a cargo de Medimás EPS S.A., teniendo en cuenta la medida cautelar de urgencia proferida en auto de 26 de octubre de 2017, dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos con radicado 2500023410002016-01314-00, que cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección primera –

subsección A. Propuso las excepciones de incapacidades a cargo de Medimás EPS S.A.S y excepción genérica.

III. RESPUESTA MEDIMAS EPS S.A.

Medimás EPS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, ya que no era la legalmente obligada a reconocer y pagar las obligaciones causadas cuando no había iniciado operaciones, las que claramente eran obligación de Cafesalud EPS. Adicionalmente, señaló que las mismas tampoco hacen parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, señalando que las prestaciones económicas fueron reconocidas y liquidadas por Cafesalud EPS, por lo que cada una de ellas cumplió con los requisitos para su reconocimiento, precisando que de las 13 incapacidades 11 habían sido efectivamente canceladas por la EPS al demandante y solo estaba pendiente el pago de las incapacidades No. 3598407 (\$214.352) y 485985 (\$42.957). En cuanto a los intereses moratorios aludió que tal pretensión era procedente cuando la EPS se ha negado a cumplir con el pago de las pretensiones y para ello debía existir el requerimiento o radicado de la solicitud en este sentido y como no obraba

prueba de ello ni copia de la respuesta recibida por la EPS, razón por la cual no condenaría al pago de los intereses moratorios.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Atecno S.A., impugnó la decisión, refiriendo ante la negativa de conceder los intereses moratorios que tal determinación era completamente infundada en la medida que con la demanda se presentaron todas las reclamaciones reflejadas en las cuentas de cobros, petitum de demanda y archivo excel, en donde se relacionaron cada uno de los consecutivos con los cuales se radicaron las solicitudes de reembolso por medio de la página web de Cafesalud EPS, adicionalmente, resaltó que Cafesalud EPS en su escrito de contestación no hizo comentario alguno frente a la reclamación, lo cual significaba la aceptación de su existencia, por lo que la Superintendencia de Salud tuvo que dar aplicación a la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y que la Superintendencia de Salud igualmente omitió ordenar el pago de Agencias en Derecho.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación, resulta pertinente recordar que lo que tiene que ver con los intereses moratorios reclamados, para su análisis debe acudir a lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, que compiló lo señalado en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, de acuerdo con el cual se establecen unos

periodos dentro de los que se debe realizar el pago de las prestaciones económicas por las EPS y EOC al empleador y/o aportante, así como, se contempla el pago de intereses moratorios en el evento de no realizarse el pago de la prestación dentro de los periodos allí definidos, así se tiene que el artículo en mención señala:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. *<Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

PARÁGRAFO 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4o del Decreto-ley 1281 de 2002.

PARÁGRAFO 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.

(Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011).”

De igual forma y toda vez que frente a los intereses moratorios, la norma antes citada nos remite al artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, se acudirá al mismo a efectos de advertir lo que este dispone:

“ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS. *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de*

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

Así las cosas y teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas antes mencionadas, se tiene que las EPS deben cancelar en forma directa al aportante las incapacidades y/o licencias, debiéndose para ello presentar la solicitud de reconocimiento por parte del empleador y/o aportante, luego la EPS dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la reclamación procederá con la revisión y liquidación de las mismas, así como procederá con la autorización o no de ésta, advirtiéndose que en el evento en que la incapacidad fuera autorizada debería pagarse dentro de los 5 días hábiles siguientes, de manera que el no pago dentro del periodo señalado, esto es, 20 días hábiles contados a partir de la reclamación presentada por el empleador y/o aportante, generaba sanciones, correspondientes a intereses de mora liquidados a la tasa de interés moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN.

Como se observa, la norma es clara en establecer a partir de qué momento se causan los intereses y dado que tanto en el fallo expedido como en el recurso de impugnación presentado por Cafesalud EPS, quedó evidenciado que el pago de 11 de las 13 incapacidades reclamadas se efectuó con posterioridad a la presentación de la demanda, quedando pendiente el pago de 2 incapacidades, no era dable que se negara su reconocimiento, por no existir prueba clara del requerimiento realizado por la EPS y/o de la negación, dado que al expediente se allegaron las cuentas de cobro y relación en excel correspondiente considerando la forma dispuesta para el trámite ante la EPS,

no siendo atendible señalar la falta de claridad en el requerimiento cuando la EPS tiene conocimiento de cuando le fue presentada la solicitud de pago y de la normatividad vigente se desprende cual es el plazo contemplado para el trámite de pago de incapacidades² y la consecuencia de pretermittir el mismo también

En ese orden de ideas, y como en el presente asunto el objeto de debate versó en el pago total de la incapacidad reclamada, es decir, que no se presentó un pago parcial sobre la misma, en virtud del cual pudiera existir un reproche ante la inactividad del reclamante, se condenará a la demandada Cafesalud EPS en liquidación, al pago de los intereses moratorios por el no reembolso oportuno de las incapacidades solicitadas conforme a la tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN, teniendo como extremo inicial, el día siguiente al que venza el plazo establecido en la ley para el pago de la incapacidad y como extremo final la fecha en que se efectúe el pago, intereses que correrán sobre el valor reconocido de la incapacidad.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada en relación a la imposición de costas a favor de Atecno S.A., conviene recordar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, se impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se adicionara la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de condenar en costas a Cafesalud EPS en liquidación.

² artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 25 de marzo de 2020, en el sentido de ordenar también el pago de los intereses moratorios causados por las incapacidades reclamadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 25 de marzo de 2020, en el sentido de condenar en costas a Cafesalud EPS en liquidación.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Cafesalud EPS en liquidación.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$100.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
SERVIOLA SAS CONTRA SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD
EPS SOS.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00517 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, contra el fallo proferido el 28 de mayo de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 13 de noviembre de 2020¹

¹ Remitido el expediente a esta corporación el 20 de mayo de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

Serviola S.A.S., pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas en favor de 17 de sus trabajadores prescritas por médicos adscritos a la EPS demandada o que habían sido debidamente transcritas, igualmente, solicitó el pago de los intereses moratorios causados y el pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones en que sus trabajadores se encontraban afiliados a la EPS en calidad de cotizantes dependientes del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en vigencia de la relación laboral presentaron incapacidades médicas, respecto de las cuales la EPS se había negado a pagar las mismas a pesar de las solicitudes de pago que se le habían presentado.

II. RESPUESTA DE SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS

Servicio Occidental de Salud S.A. EPS SOS S.A., manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que las incapacidades y/o licencias reclamadas algunas ya habían sido reconocidas y pagadas por la EPS, otras no cumplían las condiciones para su reconocimiento económico (mora) o se trataba de incapacidades que no generaban auxilio por tener menos de 4 semanas de aportes.

III. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas por valor de \$771.148 por concepto de incapacidades y \$38.557 por concepto de agencias en derecho, señalando que las prestaciones económicas cuyo reconocimiento fue ordenado cumplían con los requisitos de: i) pago de la incapacidad efectuado por el empleador al trabajador; ii) afiliación al SGSS; iii) periodo mínimo de cotización -4 semanas en forma ininterrumpida y completa-; iv) oportunidad en el pago de aportes y para la liquidación de las incapacidades tuvo en cuenta que los 2 primeros días estaban a cargo del empleador, que a las incapacidades no les era aplicable el concepto de prórroga y que las mismas no podían ser liquidadas con un IBL inferior al SMMLV. Las siguientes fueron las prestaciones cuyo pago se ordenó:

TRABAJADOR	CÉDULA	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS	SALARIO	DIAS A CARGO DE LA EPS	VALOR
GERMAN MERA	16745720	10/11/2015	14/11/2015	5	\$ 713.295	3	\$ 71.330
WILLIAM ANDRES NIETO QUIÑONES	16941020	6/04/2017	8/04/2017	3	\$ 737.717	1	\$ 24.591
MARIA JOSE GUTIERREZ GUZMAN	21604150	14/02/2017	16/02/2017	3	\$ 787.882	1	\$ 26.263
DIANA CAROLINA PERILLA AYALA	29973620	18/11/2015	3/12/2015	16	\$ 644.350	14	\$ 300.697
SANDRA MARCELA VELEZ CASTAÑEDA	31435546	9/02/2016	11/02/2016	3	\$ 689.445	1	\$ 22.982
CARMEN ELISA RIZO VALDERRAMA	31574690	15/11/2015	24/11/2015	10	\$ 644.350	10	\$ 214.783
DENNYS VIVAS CUERVO	31579660	1/10/2015	5/10/2015	5	\$ 644.350	3	\$ 64.435
DANIELA ALEJANDRA MUÑETON POLANIA	1121934836	30/10/2015	1/11/2015	3	\$ 644.350	1	\$ 21.478
YUDI LIZETH ALVAREZ MESTIZO	1143956084	25/04/2017	27/04/2017	3	\$ 737.717	1	\$ 24.591
JULLY CAROLINA MORALES LOPEZ	1144177219	29/04/2017	3/05/2017	5	\$ 737.717	2	\$ 48.181
TOTAL A PAGAR EPS							\$ 771.148

En cuanto a los intereses moratorios aludió que tal pretensión era procedente cuando la EPS se ha negado a cumplir con el pago de las pretensiones y para ello debía existir

el requerimiento o radicado de la solicitud en este sentido y como no obraba prueba de ello ni copia de la respuesta recibida por la EPS, no condenaría al pago de los intereses moratorios.

IV. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Serviola S.A.S, impugnó la decisión, por las siguientes razones: i) se liquidó la incapacidad No. 1702065 con fecha de inicio del 1° de octubre de 2015, expedida por 5 días y la incapacidad No. 111615711 con fecha de inicio 26/04/2021, expedida por 15 días, con un valor inferior al reclamado e incluso tomándose un valor inferior al SMMLV; ii) no se ordenó el pago de los 2 primeros días de incapacidad por no considerar que se trataban de una prórroga generando así una diferencia a reconocer en su favor respecto de las incapacidades No. 13938842 del 13 de noviembre de 2015 (2 días) y 13945314 del 15 de noviembre de 2015 (10 días) y iii) que la negativa de conceder los intereses moratorios que era infundada en la medida que con la demanda se presentaron todas las reclamaciones reflejadas en las cuentas de cobros, petitum de demanda y archivo excel, en donde se relacionaron cada uno de los consecutivos con los cuales se radicaron las solicitudes de reembolso por medio de la página web de la EPS.

Por su parte, Servicio Occidental de Salud EPS SOS, impugnó la decisión con la finalidad que se revocara la misma por las siguientes razones: i) la incapacidad expedida a María José Gutiérrez Guzmán no tenía cobertura de aportes (4 semanas cotización conforme lo exigido por el Decreto 2353 de

2015); ii) las incapacidades expedidas a Yudi Lizeth Álvarez, Jully Carolina Morales López y William Andrés Nieto, fueron pagadas por la EPS, habían sido pagadas en la cuenta bancaria reportada por el empleador y iii) las incapacidades expedidas a Dennys Vivas Cuero, Daniela Alejandra Muñeton, German Mera, Diana Carolina Perilla. Carmen Elisa Rizo y Sandra Marcela Vélez, no procedían por cuanto según información del área financiera evidenciaban mora de aportes a cotización en salud en los meses en que se generaron.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en los recursos de apelación, se abordara su análisis en la siguiente forma:

De las incapacidades

✓ **Incapacidad No. 18298544**

Incapacidad expedida a María José Gutiérrez Guzmán, el 14 de febrero de 2017 (3 días)

Revisada la documental allegada se advirtió que la trabajadora se vinculó con Serviola SAS, el 6 de enero de 2015 y si bien la demandada allegó formulario único de registro de novedades al SGSS, esto fue para el reporte de la novedad “*reinscripción en la EPS*” luego al verificar la planilla de aportes se aprecia que se allegaron las planillas de aportes por los periodos 02-17 (salud) 01/17 (otros) y 03-17 (salud) 02-17 (otros).

El artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016, establece que se requiere un mínimo de 4 semanas cotizadas en el SGSS en salud para tener derecho al reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general y toda vez que en materia de aportes en salud, el artículo 3.2.1.3. ibidem señala “*En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir*”, se tiene que la primera cotización a salud se realizará al inicio del siguiente mes de la vinculación del trabajador

De conformidad con las pruebas allegadas, considerando especialmente la fecha de vinculación de la trabajadora, la novedad efectuada y los aportes efectuados resulta claro que en este caso si era procedente el reconocimiento de la prestación.

✓ **Incapacidades No. 1001593552, 1001597181 y 321695**

La incapacidad No. 1001593552 le fue expedida a Yudi Lizeth Álvarez, el 25 de abril de 2017 (3 días); la incapacidad No. 1001597181, le fue expedida a Jully Carolina Morales López, el 29 de abril de 2017 (5 días) y la incapacidad No. 321695, le fue expedida a William Andrés Nieto, el 6 de abril de 2017 (3 días).

En relación con las anteriores incapacidades se aduce que las mismas habían sido pagadas por la EPS en la cuenta reportada por el empleador, sin embargo, no se allegó comprobante alguno que diera cuenta de dicho pago, debiéndose mencionar que tampoco fueron objeto de reconocimiento por parte de Serviola SAS en la contestación del requerimiento efectuado por la Superintendencia (08/03/2020).

Con la impugnación se trajo a colación un pantallazo de lo que señala fue la transacción a la cuenta bancaria del empleador por valor de \$1.696.752, sin embargo, no se acompaña el escrito de soporte documental alguno que permitiera establecer que en efecto el pago se produjo y discriminara los conceptos pagados.

✓ **Incapacidades No. 1702065, 13811694, 13897303, 973620, 13945314 y 1001188177.**

La incapacidad No. 1702065 le fue expedida a Dennys Vivas Cuero, el 1° de octubre de 2015 (5 días); La incapacidad No. 13811694 le fue expedida a Daniela Alejandra Muñeton el 30 de octubre de 2015 (3 días); La incapacidad No. 13897303 le fue expedida a German Mera, el 10 de noviembre de 2015 (5 días); La incapacidad No. 973620 le fue expedida a Diana Carolina Perilla, el 18 de noviembre de 2015 (16 días); La incapacidad No. 13945314 le fue expedida a Carmen Elisa Rizo, el 15 de noviembre de 2015 (10 días) y La incapacidad No. 1001188177 le fue expedida a Sandra Marcela Vélez, el 9 de febrero de 2016.

Revisada la documental se advierte lo siguiente: a) que respecto de la señora Dennys Vivas Cuero, reposa planilla de aportes efectuados de abril a noviembre de 2015; b) que en relación con Daniela Alejandra Muñeton, obra planilla de aportes efectuados de febrero de 2016 a enero de 2016 y c) que frente a German Mera, figura planilla de aportes efectuados de enero a diciembre de 2015; d) que respecto de la señora Diana Carolina Perilla, reposa planilla de aportes efectuados de diciembre de 2014 a enero de 2016; e) que en relación con Carmen Elisa Rizo, obra planilla de aportes efectuados de mayo de 2015 a diciembre de 2015 y f) que frente a Sandra Marcela Vélez, figura planilla de aportes efectuados de junio de 2015 a marzo de 2016, sin que se observe mora en el pago de los aportes al momento en que se expidieron las incapacidades.

En consecuencia, y dado que se acreditó el pago de los aportes conforme lo establece el inciso 3 del artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, compilado en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, que señala que para el pago de prestaciones económicas “(...) las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.” Es claro que resultaba procedente el pago de las incapacidades.

✓ **Incapacidades No. 1702065 y 1116151571.**

La incapacidad No. 1702065 le fue expedida a Dennys Vivas Cuero, el 1° de octubre de 2015 (5 días) y la incapacidad No. 1116151571 le fue expedida a Diana Marcela Gil Collantes, expedida el 26 de abril de 2017.

El cuestionamiento respecto de estas dos incapacidades gira en torno a que las mismas no fueron liquidadas en forma correcta siendo que se tuvo en cuenta un salario inferior al SMMLV para liquidar las mismas.

Previo a adentrarse en el análisis, se precisa que solo se analizara la incapacidad No. 1702065, en tanto que respecto de la incapacidad No. 1116151571, se reconoció por la parte actora que la misma había sido reconocida y pagada por la EPS, ello ante el requerimiento que en su momento le efectuara la Superintendencia, aspecto que en este punto no resulta factible desconocer dada la confesión efectuada.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que el artículo 227 del C.S.T. que establece el valor en que se liquidará y pagará el auxilio por enfermedad, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 227. VALOR DE AUXILIO. *En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.*

De conformidad con la normatividad citada, se tiene que el reconocimiento económico que se realiza por concepto de incapacidades de origen común se liquida y paga teniendo

en cuenta, el salario devengado por el trabajador del sector público o privado.

Aclarado lo anterior, se observa que la incapacidad fue liquidada por la superintendencia considerando un salario equivalente al SMMLV para el año 2015 (\$644.350), salario que es equivalente al registrado en el comprobante de nómina allegado de la trabajadora, sin que se advierta error alguno pues aunque el auxilio corresponde a las 2/3 partes del salario durante los primeros 90 días (66,67%), lo cierto es que ante las previsiones establecidas en la sentencia C-543 de 2007, se liquidaron los 3 días de incapacidad sobre el 100% del salario y por tanto no resulta procedente el reparo realizado.

✓ **Incapacidades No. 13938842 y 13945314**

Estas incapacidades fueron expedidas a la señora Carmen Elisa Rizo Valderrama, la primera le fue expedida el 13 de noviembre de 2015 (2 días) y la segunda el 15 de noviembre de 2015 (10 días).

El cuestionamiento respecto de estas incapacidades se efectúa en torno a que las mismas correspondían a prórroga de incapacidades, advirtiéndose que lo que se reclama es el no pago de la incapacidad No. 13938842 que fue expedida por 2 días, ya que la incapacidad No. 13945314, fue reconocida en forma completa (10 días) en la sentencia emitida.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que respecto a la prórroga de incapacidades, se venía aplicando lo establecido en la Resolución No. 2266 de 1998 del ISS², sin embargo, actualmente la regulación sobre el asunto se encuentra contemplada en el artículo 2.2.3.2.3. del Decreto 1333 de 2018, que establece:

“ARTÍCULO 2.2.3.2.3. *Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario.”*

En esa medida, revisado el soporte documental allegado, se observa que no se aportó la incapacidad anterior a la No. 13938842, pues no resulta factible considerar que tal incapacidad corresponde a una prórroga solo porque se establezca en el certificado de incapacidad que presenta una cantidad de días acumulados y se registre en forma afirmativa como prórroga, pues para ello se requiere conforme a las normas en comento que sea expedida con posterioridad a la inicial por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta y sin que hayan transcurrido 30 días, es decir, debe verificarse el diagnóstico por el que fue reconocida y el tiempo transcurrido entre una y otra, por lo que no resulta procedente el reparo realizado.

² **ARTICULO 13. DE LA PRORROGA DE LA INCAPACIDAD.** Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta días (30) días calendario

De los intereses moratorios

En lo que tiene que ver con los intereses moratorios reclamados, para su análisis debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, que compiló lo señalado en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, de acuerdo con el cual se establecen unos periodos dentro de los que se debe realizar el pago de las prestaciones económicas por las EPS y EOC al empleador y/o aportante, así como, se contempla el pago de intereses moratorios en el evento de no realizarse el pago de la prestación dentro de los periodos allí definidos, así se tiene que el artículo en mención señala:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. *<Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

PARÁGRAFO 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4o del Decreto-ley 1281 de 2002.

PARÁGRAFO 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.

(Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011).”

De igual forma y toda vez que frente a los intereses moratorios, la norma antes citada nos remite al artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, se acudirá al mismo a efectos de advertir lo que este dispone:

“ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS. *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”*

Así las cosas y teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas antes mencionadas, se tiene que las EPS deben cancelar en forma directa al aportante las incapacidades y/o licencias, debiéndose para ello presentar la solicitud de reconocimiento por parte del empleador y/o aportante, luego la EPS dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la reclamación procederá con la revisión y liquidación de las mismas, así como procederá con la autorización o no de ésta, advirtiéndose que en el evento en que la incapacidad fuera autorizada debería pagarse dentro de los 5 días hábiles siguientes, de manera que el no pago dentro del periodo señalado, esto es, 20 días hábiles contados a partir de la reclamación presentada por el empleador y/o aportante, generaba sanciones, correspondientes a intereses de mora liquidados a la tasa de interés moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN.

Como se observa, la norma es clara en establecer a partir de qué momento se causan los intereses y dado que tanto en el fallo expedido como en el recurso de impugnación presentado por Cafesalud EPS, quedó evidenciado que el pago de las

incapacidades reclamadas se efectuó con posterioridad a la presentación de la demanda, por lo que no era dable que se negara su reconocimiento, por no existir prueba clara del requerimiento realizado por la EPS y/o de la negación, dado que al expediente se allegaron las cuentas de cobro y relación en excel correspondiente considerando la forma dispuesta para el trámite ante la EPS, no siendo atendible señalar la falta de claridad en el requerimiento cuando la EPS tiene conocimiento de cuando le fue presentada la solicitud de pago y de la normatividad vigente se desprende cual es el plazo contemplado para el trámite de pago de incapacidades³ y la consecuencia de pretermitir el mismo.

En ese orden de ideas, y como en el presente asunto el objeto de debate versó en el pago total de la incapacidad reclamada, es decir, que no se presentó un pago parcial sobre la misma, en virtud del cual pudiera existir un reproche ante la inactividad del reclamante, se condenará a la demandada, al pago de los intereses moratorios por el no reembolso oportuno de las incapacidades solicitadas conforme a la tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN, teniendo como extremo inicial, el día siguiente al que venza el plazo establecido en la ley para el pago de la incapacidad y como extremo final la fecha en que se efectúe el pago, intereses que correrán sobre el valor reconocido de la incapacidad.

Sin costas en esta instancia.

³ artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 28 de mayo de 2020, en el sentido de ordenar también el pago de los intereses moratorios causados por las incapacidades reclamadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.