



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE JULIO ALFREDO RINCÓN
CASTILLO CONTRA EPS FAMISANAR S.A.S.**

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

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

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la EPS FAMISANAR S.A.S., revisa la Corporación el fallo de fecha 30 de marzo de 2023¹, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud².

¹ Que fue repartido a este Despacho el 29 de mayo de 2023.

² Documento: sentencia





ANTECEDENTES

El actor demandó para que se ordene a la EPS FAMISANAR S.A.S. reembolsar \$286'804.549.00 por los gastos médicos en que incurrió.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que reside en el municipio de Chiquinquirá – Boyacá, en compañía de su esposa y dos menores hijos, quienes dependen económicamente de él; son una familia de clase media/baja estrato 3; el 05 de septiembre de 2020, realizó una consulta médica telefónica a través de FAMISANAR EPS, la doctora que lo atendió, le ordenó la práctica de exámenes de sangre, porque, llevaba más 15 días con malestar general y se sentía muy decaído; por cuenta propia, se realizó la prueba rápida para diagnóstico de COVID – 19, examen que dio negativo; el 10 de septiembre siguiente, sus síntomas continuaron y motivado por la urgencia del caso, acudió inmediatamente a los servicios particulares del Doctor Ariel Pérez Monroy, quien le recomendó dirigirse de manera inmediata a la ciudad de Bogotá, con el fin de obtener atención médica especializada ante la probabilidad de tener un diagnóstico de leucemia linfoide aguda; por la falta de oportunidad en la asignación de citas de medicina general y con especialistas, buscó cita particular con el Doctor Carlos Castro, quien confirmó el diagnóstico, indicando que por el peligro que implicaba debía recibir atención inmediata y especializada; ingresó por urgencias al Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá en igual calenda, donde confirmaron el diagnóstico y le informaron iniciar trámite de referencia y contra referencia con la EPS; su esposa Ximena Rosas fue de cierto modo amenazada por los funcionarios del hospital, quienes le indicaron que no se tenía respuesta de la EPS y que si quería que él continuara con el tratamiento debía pagarlo; su cónyuge decidió que lo



mejor era que él siguiera en el Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá; la EPS nunca lo contactó, no ofreció una red alterna para tratar su enfermedad; asumió todos los gastos médicos generados durante el primer mes de tratamiento, gracias a la colaboración de varios familiares y amigos, siendo esto para ellos un esfuerzo sobre humano, dada la difícil situación en que se encontraba y el altísimo costo que conlleva tratar una enfermedad como el cáncer; el 13 de octubre de 2020, la EPS FAMISANAR asumió el costo del tratamiento en la Fundación Santa Fe; estuvo hospitalizado de 10 de septiembre de 2020 a 28 de febrero de 2021, el 90% de ese período estuvo internado en la Unidad de Cuidados Intensivos – UCI, siendo imposible un traslado a otra IPS; no proviene de una familia adinerada, sus ingresos apenas son suficientes para garantizar la manutención de su familia y el pago de obligaciones bancarias, aunque fue concejal del municipio de Maripi – Boyacá, cargo en que devengó \$8'009.748.00 por honorarios en 2020, además, su patología le hizo incurrir en otros gastos como arrendar una habitación en Bogotá, ya que, no tenía familia cercana en esa ciudad; asumió los costos hospitalarios hasta 13 de octubre de 2020, equivalentes a \$280'000.000.00, además, debió cancelar otros gastos como arrendamiento, alimentación y, transporte de su esposa en la ciudad de Bogotá; adquirió estos recursos mediante préstamos de terceros y, venta de sus vehículos; el 13 de octubre de 2020, la Fundación Santa Fe de Bogotá radicó en la enjuiciada las facturas del tratamiento, por lo que, la EPS asumió la responsabilidad desde ese momento; es sujeto de especial protección debido al peligro inminente en que se encuentra su vida por su delicado estado de salud y la difícil situación económica familiar; se cumplen las condiciones para su reembolso; a través de correo electrónico de 20 de noviembre de 2020, solicitó a la EPS FAMISANAR el reembolso; con correo electrónico del siguiente día 24, le indicaron que debía diligenciar un formulario;



peticionó el formulario en la sede de FAMISANAR de la calle 170 con carrera 22, pero, no fue entregado; su esposa tuvo que desplazarse a otra sede ubicada en la autopista norte con calle 161, donde le entregaron el documento; el 03 de la diciembre de 2020, su cónyuge peticionó el reembolso a través de formulario 75670, solicitud negada de manera inmediata, sin dar una lectura mínima a la petición simplemente indicaron que era extemporánea; fue dado alta el 28 de febrero de 2021; el 05 de marzo de ese año, nuevamente solicitó a la EPS FAMISANAR el reembolso dentro de los 15 días hábiles siguientes a su salida de la clínica, negado el día 18 de los referidos mes y año, por el Auxiliar Administrativo de la enjuiciada - Regional Boyacá, porque, la entidad no negó la autorización del servicio³.

CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

Al responder la solicitud, EPS FAMISANAR S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, dijo que ha garantizado el acceso a los servicios de salud de Julio Alfredo Rincón Castillo, contemplados en el plan de beneficios, es decir, no ha negado servicio alguno, por ello, no procede reembolso alguno, pues, el paciente ingresó por urgencias a la Fundación Santa Fe de Bogotá, la EPS hizo todo el proceso de referencia y contrarreferencia para el traslado a otra IPS, pero, el asegurado no aceptó la remisión y decidió seguir de manera voluntaria y particular en la Fundación Santa Fe de Bogotá, además, no hay evidencia de reclamación o solicitud de reembolso, por ende, la EPS FAMISANAR no ha tenido oportunidad de analizar de manera exhaustiva la situación, empero, revisados los soportes de la solicitud,

³ Documentos demanda



encuentra que el reembolso es extemporáneo, además, nunca negó servicio alguno. No se refirió de manera concreta a los hechos. En su defensa propuso la excepción de improcedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragado de manera particular por no cumplir los requisitos de ley⁴.

Mediante auto de 08 de julio de 2021, el operador judicial de primer grado requirió a la Fundación Santa Fe de Bogotá para que informara si el actor había sido atendido como paciente particular en el servicio de urgencias o, por consulta externa o, remitido por una entidad aseguradora, si había efectuado el proceso de verificación de los derechos del usuario, si la EPS FAMISANAR hace parte de su red de prestadoras, si realizó el proceso de referencia y contrarreferencia del paciente, además, aportara copia de la factura e historia clínica de Rincón Castillo⁵.

La Fundación Santa Fe de Bogotá informó que Julio Alfredo Rincón Castillo ingresó por urgencias el 10 de septiembre de 2020, inicialmente a cargo de la EPS FAMISANAR, se realizó el proceso de verificación de derechos usuarios, se validaron derechos encontrando que el paciente estaba activo en la EPS FAMISANAR como cotizante, entidad con la que no tiene convenio vigente, motivo por el que el asegurador inicio proceso de remisión, además, el afiliado y su esposa Ximena Rosas tenían conocimiento del aseguramiento, asimismo, dentro del proceso de atención y relacionamiento se les informó que debido a la inexistencia del convenio con la EPS, se inició el trámite de remisión, entregando el formato de información, la cónyuge del paciente aceptó el

⁴ Documento: contestación EPS.

⁵ Documento: auto admisorio.



trámite, empero, los dos se retractaron, situación informada a la EPS FAMISANAR, por ende, los costos serían asumidos como particular y, cerró el proceso de remisión; emitió dos facturas por la atención de Julio Alfredo Rincón Castillo de 10 de septiembre de 2020 a 28 de febrero de 2021, una por \$891'574.652.00 a cargo de la EPS y otra por \$286'804.59 a cargo del paciente⁶.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación accedió parcialmente a la pretensión de Julio Alfredo Rincón Castillo, ordenando a FAMISANAR EPS reconocer y pagar \$286'731.575.00, en el término de cinco (05) días contados a partir de la ejecutoria de la providencia, asimismo trasladar copias de lo actuado a la Delegatura de Investigaciones Administrativas de esta Superintendencia para que adelante las investigaciones pertinentes e, imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar, contra FAMISANAR EPS y la IPS Fundación Santa Fe de Bogotá⁷.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, EPS FAMISANAR S.A.S. interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que cuenta con una red de prestadores con los requisitos de habilitación y prestación del servicio para el manejo que requería el usuario con especialistas,

⁶ Documento: respuesta Fundación.

⁷ Documento: sentencia.



subespecialistas, enfermería y los equipos necesarios para el tratamiento, por ello, el usuario tuvo atención de primera mano respecto de su diagnóstico, además, es conocida la difícil situación que atravesó el sistema de salud a nivel mundial por la pandemia de COVID – 19, sin embargo, la EPS nunca desconoció la prestación de servicios de Rincón Castillo, pero, el asegurado no tuvo en cuenta la red de prestadores de la entidad y desconoció la IPS que contaba con los especialistas y tratamiento para su tratamiento oncológico como lo era el Hospital Universitario La Samaritana, por el contrario, decidió ir a un hospital de alto reconocimiento que cuenta con atención personalizado, en este orden, para el afiliado no era suficiente, ni eficiente la IPS adscrita, por ello, no aceptó el traslado a otra clínica, pues, Rincón Castillo decidió que la mejor clínica de Colombia era la Fundación Santa Fe de Bogotá, por lo que, su comentario desobligante y discriminatorio hacía que la atención con su red de prestadores fuera insuficiente y no llenara sus expectativas, además, realizado el proceso de referencia y contrarreferencia el afiliado y sus familiares desistieron de la posibilidad de traslado, entonces, no se puede considerar que la EPS no prestó el cuidado o que no haya garantizado el acceso a los servicios, porque, nunca negó los servicios, fue el usuario el que nunca quiso ser atendido bajo el aseguramiento, siendo ello así, no procede el reembolso de los dineros solicitados, ya que, se causaron con ocasión de la decisión libre, voluntaria y espontánea de Rincón Castillo de ser atendido como particular en una institución que no hacía parte de la red de prestadores, tampoco se demostró incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada por la EPS para garantizar el acceso a los servicios de salud, en consecuencia, solicitó revocar el fallo de primera instancia⁸.

⁸ Documento: impugnación.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

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

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

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

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



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

En el asunto, no fue objeto de discusión que Julio Alfredo Rincón Castillo se encuentra afiliado a la EPS FAMISANAR S.A.S., siendo cotizante de los servicios de salud, además, tiene 43 años de edad¹¹; asegurado que para 10 de septiembre de 2020, fue diagnosticado por médico particular con leucemia linfoide aguda, quien indicó que requería hospitalización por urgencias para diagnóstico y tratamiento, pues, se trataba de una urgencia vital, por ello, era indispensable para la salud del paciente su hospitalización, como dan cuenta la historia clínica¹² y, el informe técnico de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹³.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-259 de 2019.

¹¹ Documentos: anexos demanda.

¹² Documentos: anexos demanda.

¹³ Documentos: Revisión técnica.



El 10 de septiembre de 2020, el accionante fue ingresado de urgencias a la Fundación Santa Fe de Bogotá, donde consideraron que era una urgencia vital y solicitaron varios exámenes de hematología y una biopsia, el 13 de septiembre siguiente, iniciaron la quimioterapia y, determinaron como diagnóstico leucemia mieloide aguda con mielofibrosis grado 2, dismegacariopoyesis y diseritropoyesis, permaneciendo en tratamiento y hospitalizado hasta el 28 de febrero de 2021, según se colige de la historia clínica¹⁴, las autorizaciones de la EPS¹⁵ y, el trámite de referencia y contrarreferencia¹⁶.

Ahora, la Fundación Santa Fe de Bogotá notificó al área de admisiones de la enjuiciada el ingreso por urgencias del convocante el mismo día de ingreso – 10 de septiembre de 2020 -, servicio autorizado por la EPS FAMISANAR, así se colige de la autorización aportada¹⁷, en igual calenda realizaron el proceso de referencia y contrarreferencia en que la EPS ordenó su remisión a una IPS de su red de prestadoras, empero, el paciente se negó a aceptar su traslado por considerar que estaba *“en la mejor clínica de Colombia”*¹⁸, por ello, la EPS convocada cerró el trámite.

En este orden, en principio se podría entender que el demandante no quiso recibir atención por la red de prestadores de la EPS FAMISANAR, sin embargo, Rincón Castillo llevaba 15 días con malestar general, por lo que, solicitó consulta con su EPS llevada a cabo el 05 de septiembre de 2020, en que el médico tratante le ordenó varios exámenes, pero, no realizó seguimiento alguno, incumpliendo sus obligaciones de dar continuidad a la atención del paciente.

¹⁴ Documento: anexos contestación de la Fundación.

¹⁵ Documento: anexos contestación de la EPS.

¹⁶ Documento: anexos contestación de la EPS.

¹⁷ Documento: anexos contestación de la EPS.

¹⁸ Documento: anexos contestación de la EPS.



Adicionalmente, como los síntomas empeoraron acudió a un médico particular quien lo diagnosticó con leucemia, debiendo ser hospitalizado de urgencia, en este orden, Rincón Castillo era sujeto de especial protección, ingresado a la clínica por la sospecha de urgencia oncológica, por ende, correspondía a la EPS FAMISANAR esperar la confirmación del diagnóstico con la finalidad que se garantizara al usuario el tratamiento integral para el cáncer, pues, atendiendo la situación cualquier interrupción en el pronóstico, diagnóstico y tratamiento ponía en riesgo la vida del paciente, por tanto, no era suficiente indicar que tenía otras IPS en su red de prestadores sino que debía preservar la vida del paciente, con mayor razón cuando el estado de salud de Rincón Castillo era tan precario que el 12 de septiembre de 2020, requirió dos transfusiones de sangre y, se tuvo que iniciar la quimioterapia al día siguiente, además, presentó complicaciones durante la hospitalización como anemia, síndrome de neutropenia febril, neumonía, mielofibrosis, entre otras, como da cuenta la historia clínica¹⁹.

En adición a lo anterior, la EPS demandada no acreditó que efectivamente hubiese buscado el traslado a UCI del asegurado en su red de prestadores, en tanto, simplemente indicó en su impugnación que era el Hospital La Samaritana, pero, se debe tener en cuenta que para 2020 había carencia de camas UCI.

En este sentido, la decisión del actor no fue arbitraria, ni libre y voluntaria, simplemente su determinación se fundamentó en preservar su vida y, por ser un paciente con cáncer deseaba que su tratamiento

¹⁹ Documento: anexos contestación de la Fundación.



fuera inmediato, además, que no aceptara el traslado a una IPS que desconocía no significaba renunciar a sus derechos como paciente o, que la EPS desatendiera totalmente a su asegurado, cerrando el trámite.

Siendo ello así, EPS FAMISANAR incumplió su carga de brindar un tratamiento de manera oportuna, continua e integral, así como las obligaciones legales de aseguramiento en salud previstas en los artículos 47 de la Ley 1122 de 2007 y 12 y 13 de la Ley 1171 de ese año, pues, al tratarse de un paciente con presunción y diagnóstico de cáncer su atención era preferente e inmediata, por ello, procede el reembolso solicitado.

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

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

RESUELVE

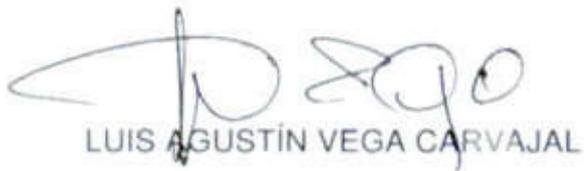
PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.



SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES - DIAN CONTRA COMPENSAR EPS S.A.S.**

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

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

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la DIAN, revisa la Corporación el fallo de fecha 04 de mayo de 2023, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹.

¹ Documento: 11 sentencia.



ANTECEDENTES

La DIAN demandó el reconocimiento y pago de \$395.334.00 correspondientes a incapacidad general e, intereses moratorios.

Fundamentó sus pedimentos en síntesis, en que la servidora pública Diana Milena Espinosa Useche presta servicios a la DIAN desde 03 de junio de 2008, siendo su último cargo Facilitador II Código 102 Grado 02 en la Subdirección de Gestión de Fiscalización Tributaria de la Dirección de Gestión de Fiscalización Nivel Central, servidora afiliada a COMPENSAR EPS, quien utilizó los servicios médicos y generó incapacidad por enfermedad general de doce días, 04 a 13 y 15 a 16 de mayo de 2015; reconoció a la funcionaria la licencia de enfermedad general por el término de doce días, incapacidad cancelada en febrero de 2016, en cuantía de \$395.334.00, pero, COMPENSAR EPS no ha cancelado las incapacidades; el 23 de junio de 2016, reclamó a la prestadora de servicios demandada el reembolso de la incapacidad cancelada a la funcionaria, pero, no ha sido sufragada².

CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

Al responder la solicitud COMPENSAR EPS S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos admitió la afiliación de la funcionaria a la EPS y, las incapacidades emitidas; adujo que la demandante no radicó las incapacidades generadas en 2016 sino hasta 17 de mayo de 2018, siendo solicitadas de manera extemporánea

² Documento: demanda.



su reconocimiento y pago, en este orden, conforme al artículo 28 de la Ley 1438 de 2016, se encuentra prescrito del derecho a solicitar el reembolso. En su defensa propuso la excepción de improsperidad del reconocimiento de incapacidades reclamadas, atendiendo la prescripción del derecho³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación no accedió a las pretensiones de la DIAN⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la convocante a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el juzgador de primer grado indicó que no había aportado prueba del pago de la incapacidad a la funcionaria, sin embargo, con la reclamación se allegó el desprendible de pago con el que canceló las incapacidades por doce días equivalentes a \$395.334.00, suma que reconoció con Resolución 012590 de 21 de diciembre de 2005, por ende, el pago fue debidamente probado, en este sentido, se debe revocar la sentencia, para en su lugar, cancelar las incapacidades previamente sufragadas por la DIAN⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

³ Documento: contestación.

⁴ Documento: sentencia.

⁵ Documento: recurso.



No fue objeto de reproche que la servidora pública Diana Milena Espinosa Useche presta servicios como Facilitador II Código 102 Grado 02 en la Subdirección de Gestión de Fiscalización Tributaria de la Dirección de Gestión de Fiscalización Nivel Central, desde 09 de agosto de 2004; funcionaria afiliada a COMPENSAR EPS S.A.S., incapacitada por enfermedad general de 04 a 13 y de 15 a 16 de mayo de 2015, en este orden, el 29 de febrero de 2016, la DIAN canceló a la servidora \$513.950.00 por doce días de incapacidad; situaciones fácticas que se coligen de las incapacidades concedidas por la EPS enjuiciada⁶, la certificación de prestación de servicios expedida por la DIAN⁷, el comprobante de nómina de febrero de 2016⁸, la Resolución 012590 de 21 de diciembre de 2015⁹ y, la planilla de autoliquidación de aportes¹⁰.

REEMBOLSO DE INCAPACIDADES

En los términos del artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el artículo 40 parágrafo 1º del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponde al empleador y, con arreglo al artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, quedando el trámite tendiente a su reconocimiento a cargo del empleador.

⁶ Documento: demanda, páginas 30 y 32.

⁷ Documento: demanda, página 34.

⁸ Documento: demanda, página 35.

⁹ Documento: demanda, páginas 31 y 33.

¹⁰ Documento: demanda, página 36.



A su vez, el artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, establece que *"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"*.

Con arreglo a los preceptos en cita y, atendiendo que la servidora pública Diana Milena Espinosa Useche fue incapacitada inicialmente por diez (10) días, de 04 a 13 de mayo de 2015, prorrogada los siguientes días 14 a 16 de los referidos mes y año, por el diagnóstico de varicela sin complicaciones¹¹, correspondía a COMPENSAR EPS S.A.S. asumir el pago de diez (10) días de licencia por enfermedad general, equivalente al 66.67% del salario base de liquidación del funcionario o ingreso base de cotización, que corresponde al salario básico y a los factores salariales señalados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

Al *sub judice*, se aportó el comprobante de nómina de febrero de 2016, que da cuenta que la DIAN canceló a la servidora \$513.950.00 por doce días de incapacidad¹², siendo ello así, se encuentra acreditado el pago que hizo la demandante de la prestación económica, por lo que, procede el reembolso solicitado, en este sentido se revocará la sentencia apelada.

En este orden, atendiendo la planilla de autoliquidación de aportes el ingreso base de liquidación de Espinosa Useche para el periodo de cotización mayo de 2015 fue de \$1'700.000.00¹³. Cabe precisar, que el

¹¹ Documento: demanda, página 47.

¹² Documento: demanda, página 35.

¹³ Documento: demanda, página 36.



ingreso de \$1'917.481.00 que la entidad demandante tuvo en cuenta para calcular la prestación corresponde al salario de febrero de 2016, no para mayo de 2015, en que se generó la incapacidad.

Efectuadas las operaciones aritméticas, diez días de subsidio por incapacidad temporal de mayo de 2015 correspondían a \$377.796.67, suma que la convocada debía reembolsar a la DIAN.

PRESCRIPCIÓN

Con arreglo al artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 *"El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador"*.

Además, la Sala se remite a lo dispuesto por los artículos 488 del CST, 6 y 151 del CPTSS.

En el *examine*, las obligaciones se hicieron exigibles en la calenda en que la DIAN sufragó la incapacidad a su funcionaria, esto es, el **28 de febrero de 2016**¹⁴; en cuanto a la reclamación administrativa de las incapacidades, la DIAN allegó solicitud de 29 de junio de esa anualidad¹⁵, documento que no cuenta con recibido alguno, por ende, no

¹⁴ Documento: demanda, página 35.

¹⁵ Documento: demanda, páginas 40 a 45.



se tendrá en cuenta, empero, el **17 de mayo de 2018** la demandante efectuó el recobro en el aplicativo de COMPENSAR EPS, como ésta lo aceptó en la contestación¹⁶; además, el *libelo incoatorio* lo radicó el 16 de octubre siguiente¹⁷, por ello, no se presentó el medio exceptivo propuesto, pues, no transcurrieron tres años entre el pago de la prestación económica y la reclamación administrativa.

En este orden, se declarará no probada la excepción propuesta. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, en su lugar, **CONDENAR** a COMPENSAR EPS S.A.S. a pagar a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN \$377.796.67 como incapacidades de Diana Milena Espinosa Useche, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

¹⁶ Documento: contestación.

¹⁷ Documento: demanda, páginas 1 a 4.

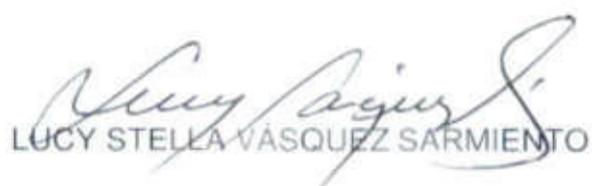


SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE INGRID CECILIA VIAÑA ERAZO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 03 de mayo de 2023, proferido por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, siempre ha permanecido afiliada en el RPM; se ordene a la AFP remitir los aportes sufragados al régimen privado; se reconozcan y paguen los intereses o rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual; ultra y extra *petita* y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 30 de junio de 1966; el 06 de octubre de 1988 se afilió al Instituto de Seguro Social; el 25 de marzo de 1997 se trasladó a PORVENIR S.A.; a la entrada en vigor del sistema general de pensiones había aportado 318.71 semanas; la AFP no le dio a conocer los pros y contras de su decisión, ni las condiciones en las cuales se pensionaría, al contrario, el asesor le aseguró que su mesada en el RAIS sería muy superior y, se le devolvería parte del capital como excedentes de libre disponibilidad; solicitó a PORVENIR S.A. la proyección pensional, AFP que verbalmente le indicó que arrojaba 3.8 salarios mínimos; su mesada en el RPM sería de \$7'207.268.00; el 28 de abril de 2021, requirió al fondo privado para que le entregara copia de su historia laboral, la simulación pensional realizada al momento del traslado y, las constancias de asesorías o reasesorías brindadas; en igual calenda, peticionó a la AFP la nulidad de la afiliación; con comunicados de 19 y 22 de mayo del mismo año, la administradora le respondió que la información se suministró verbalmente y, para 1997 no era obligatorio entregar proyecciones pensionales, pues, el deber de asesoría surgió con la Ley 1748 de 2014 y, la nulidad de la vinculación es una facultad reservada a los jueces; el 06 de julio de 2021, peticionó a COLPENSIONES el



regreso al RPM, negado, porque, se encontraba a diez años o menos del requisito de edad para pensionarse; antes de cumplir 47 años no le permitieron decidir si quería cambiar de régimen¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS y, la solicitud de 06 de julio de 2021 con respuesta negativa. Propuso 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, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la *data* de nacimiento de la accionante, las solicitudes de 28 de abril de 2021 y, la respuesta de 19 de mayo siguiente. En su defensa propuso las excepciones de prescripción,

¹ Documento 2, páginas 3 a 24.

² Documento 5, páginas 2 a 44.



prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado el 25 de marzo de 1997 por Ingrid Cecilia Viaña Erazo, en consecuencia, declaró que actualmente se encuentra afiliada al RPM; ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar; ordenó a la Administradora del RPM recibir dichas sumas y, activar la afiliación de la accionante a este régimen, integrando totalmente su historia laboral; condenó a la AFP a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y la pensión de garantía mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique; conminó a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de las sumas mencionadas; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva e; impuso costas a las convocadas a juicio⁴.

³ Documento 9, páginas 3 a 31.

⁴ Archivo 17 y Documento 18.



RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁵.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que si bien no se allegaron documentos que acreditaran la asesoría que brindó a la demandante, lo cierto es que para la fecha de la afiliación no era exigible conservar algo distinto al formulario de vinculación, el cual fue aprobado por la Superintendencia Bancaria, igualmente, con independencia de la información suministrada, la accionante contaba con las condiciones necesarias para corroborarla con el fin de tener certeza sobre el traslado de régimen pensional, en tanto, como consumidora financiera también se le impone deberes y, un actuar con mediana diligencia para conocer por lo menos el acto jurídico que suscribió. Subsidiariamente, no es procedente restituir los gastos de administración, ni las sumas previsionales, pues, las comisiones no están llamadas a financiar la pensión, se destinaron a obtener rendimientos de los aportes de la actora, asimismo, las primas de seguros fueron pagadas a las respectivas aseguradoras que se contrataron para amparar las prestaciones de invalidez y muerte, ahora, los saldos que se devolverán ya incluyen los rendimientos financieros, por ello, no es viable remitir incrementos propios del RAIS, sino la restitución de los frutos que los aportes hubiesen generado en el RPM, además, los rendimientos superan con creces los descuentos realizados por gastos de administración y seguros previsionales. Tampoco es procedente la

⁵ Archivo 17 y Documento 18.



indexación de estas sumas, por cuanto dichos rendimientos compensan la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

COLPENSIONES en resumen expuso, que para 1997 la aceptación espontánea, libre, expresa e informada de afiliarse al RAIS se manifestaba a través de la firma del formulario correspondiente, como se presentó en este caso, sin que las leyes de la época exigieran un documento distinto, razón por la que, imponer cargas adicionales a las previstas constituye una situación de carácter imposible para las demandadas, entonces, como se aportó el formulario que cumple los requisitos exigidos, que la accionante suscribió de manera voluntaria, sin que fuera objeto de tacha o reproche, la afiliación al RAIS es válida; adicionalmente, no se puede invertir de manera irracional la carga de la prueba, por cuanto correspondía a la actora probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de su vinculación, incluso, la responsabilidad del fondo no es objetiva, ni la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ni la parte motiva de la decisión del juzgado indican cuáles documentos, distintos al formulario, son necesarios para acreditar la información suministrada, tampoco es jurídicamente válido imponer obligaciones no previstas por el ordenamiento, pues, contraría los principios de confianza legítima y legalidad; ahora, Viaña Erazo ha permanecido afiliada al RAIS por más de 26 años, motivo por el que, resultaría lesionada la estabilidad financiera del sistema, situación por la que, no se puede trasladar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión. En caso de confirmarse la sentencia, se debe revocar la condena en costas a la Administradora del RPM, pues, no tuvo injerencia en el acto de traslado, es un tercero que obligatoriamente asiste a este tipo de procesos, porque, tendría que recibir a la actora en el RPM.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Ingrid Cecilia Viaña Erazo estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 06 de octubre de 1988 a 31 de marzo de 1997, aportando 302 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 25 de marzo de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de mayo de 1997; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶, el formulario de afiliación⁷, la historia laboral consolidada⁸, la relación histórica de movimientos⁹, la relación de aportes¹⁰, el informe de movimientos con rendimientos¹¹, la información sobre el bono pensional¹² y, el certificado de afiliación¹³ expedidos por PORVENIR S.A., el resumen de historia laboral¹⁴ y, la historia válida para bono¹⁵, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el extracto de pensión obligatoria¹⁶ y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁷.

Viaña Erazo nació el 30 de junio de 1966, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁸.

⁶ Documento 2, páginas 27 a 30.

⁷ Documento 2, página 26.

⁸ Documento 2, páginas 31 a 39.

⁹ Documento 2, páginas 44 a 61.

¹⁰ Documento 2, páginas 62 a 76.

¹¹ Documento 2, páginas 77 a 84.

¹² Documento 2, páginas 90 a 91.

¹³ Documento 9, página 61.

¹⁴ Documento 2, páginas 40 a 43.

¹⁵ Documento 9, páginas 103 a 105.

¹⁶ Documento 9, páginas 76 a 78.

¹⁷ Documento 9, páginas 111 a 113.

¹⁸ Carpeta 6. expediente administrativo, segundo documento, página 1



El 28 de abril de 2021, la demandante solicitó a PORVENIR S.A. la nulidad de su afiliación al RAIS, por cuanto existieron vicios del consentimiento¹⁹, pedimento negado con oficio de 19 de mayo siguiente, bajo el argumento que el proceso de vinculación se expresa mediante el diligenciamiento y la firma del formulario respectivo, documento que reitera que la suscripción se hizo sin presiones, además, la nulidad del traslado está reservada a los jueces de la República²⁰.

El 06 de julio de 2021, la accionante presentó a COLPENSIONES formulario de afiliación al RPM²¹, petición negada por cuanto a la convocante le faltaban diez años o menos del requisito de edad para pensión²².

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y

¹⁹ Documento 2, páginas 85 a 87.

²⁰ Documento 2, páginas 88 a 95.

²¹ Documento 2, página 96.

²² Documento 2, página 97.



coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio²³; (ii) respuesta de 19 de mayo de 2021 emitida por PORVENIR S.A., informando a la demandante cómo se calcula la pensión en una AFP, que su pensión en el RAIS sería de \$3'515.000.00 sin volver a cotizar o de \$3'657.200.00 si aportaba todo el año y, le presenta una relación de beneficios del RAIS²⁴; (iii) guía de autoservicios para los clientes de PORVENIR S.A.²⁵; (iv) comunicados de prensa²⁶; (v) concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia²⁷ y; (vi) expediente administrativo²⁸.

También se recibieron los interrogatorios de parte de Ingrid Cecilia Viaña Erazo²⁹ y, de la Representante Legal de PORVENIR S.A.³⁰

²³ Documento 2, páginas 98 a 101.

²⁴ Documento 9, páginas 79 a 83.

²⁵ Documento 9, páginas 85 a 90.

²⁶ Documento 9, páginas 114 a 117.

²⁷ Documento 9, páginas 117 a 123.

²⁸ Carpeta 6.

²⁹ Archivo 16, min. 08:29. No ha solicitado pensión de vejez. Narró que en marzo de 1997 se realizó una reunión grupal en su empresa, en la que una asesora de PORVENIR S.A. le explicó en menos de 30 minutos que la AFP les permitía pensionarse con una mesada más alta y a menor edad y, que el ISS se iba a acabar. Al terminar su intervención, procedió a firmar de manera libre y voluntaria el formulario que la asesora diligenció. Leyó ese documento. No le detallaron cómo podía acceder a la pensión anticipada. No le hablaron de los rendimientos. No le explicaron qué pasaría con sus aportes al RPM. No recuerda si le comunicaron la posibilidad de devolución de saldos. Tampoco le indicaron acerca de la creación de una cuenta de ahorro individual, ni de la finalidad de los aportes voluntarios. Solamente, el fondo privado le ofreció que se podía retirar más joven. Si le explicaron que sus beneficiarios podrían heredar la pensión. Para el momento de la afiliación, no tenía mayores conocimientos que su afiliación al ISS. No conocía la Ley 100 de 1993. Realizó aportes voluntarios en una ocasión para bajar la retención en la fuente. Busca regresar a COLPENSIONES porque quiere ejercer su derecho a tomar decisiones informadas, más cuando de ellas depende la calidad de su vejez. No intentó retornar a la entidad, porque se basó en la buena fe de la AFP, por lo que no tuvo la necesidad de verificar si la información suministrada fue precisa.

³⁰ Archivo 16, min. 21:45. Diana Esperanza Gomez Fonseca. Manifestó que para 1997 las asesorías eran verbales. Sin embargo, los asesores se encontraban debidamente capacitados por un departamento especializado de PORVENIR S.A. No existía para ese entonces una



Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 25 de marzo de 1997³¹, se lee:

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

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³²; resaltando además, que *"... el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de*

obligación de hacer comparaciones entre los regímenes pensionales; solamente se ilustraba sobre las características del RAIS. Adicionalmente, en el formulario de afiliación se dejaba una constancia sobre las semanas cotizadas por el potencial afiliado. Por último, indicó que antes del 30 de junio de 2013 no existen soportes sobre la información otorgada a la demandante, pero ello está en la Ley 100 de 1993 y en los canales que ofrece la AFP a sus afiliados.

³¹ Documento 2, página 26.

³² CSI, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 06852 de 03 de abril de 2019



*decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...*³³.

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

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

³³ CSI, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³⁴.

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

³⁴ CSJ, sentencias STJ - 8703 de 14 de octubre de 2020, STJ - 8992 y STJ - 9110 de 21 de octubre de 2020.



De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Ingrid Cecilia Viaña Erazo en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁵, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

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

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de garantía mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁶, no aplica en el asunto que ocupa

³⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020

³⁶ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003



la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

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

INDEXACIÓN



La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁷.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁸, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión,

³⁷ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado Nº 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia Nº 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones Sl.359, Sl.3871, Sl.4985, Sl.3537, Sl.4174 y Sl.3719 de 2021.

³⁸ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³⁹. Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria⁴⁰.

En el *examine*, aunque respecto de COLPENSIONES se declaró tener como válidamente vinculada a la demandante en el RPM para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la accionante, la Administradora del RPM no actuó en este acto jurídico, por ende, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo la apelación sobre este punto, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

³⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

⁴⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 313199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

T.A.P.D. No. 011 2021 00175 01
Ord. Ingrid Viana G. COLPENSIONES y otros

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

RESUELVE

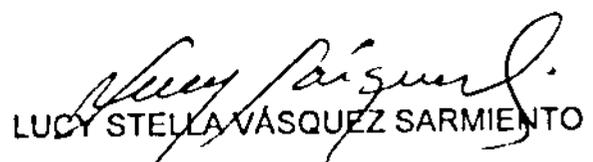
PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral octavo de la sentencia apelada y consultada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA CONSUELO GUTIÉRREZ MEDINA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 10 de abril de 2023, proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS a través de COLFONDOS S.A., por cuanto fue engañada en su consentimiento y mal informada al cambiar de régimen, en consecuencia, COLFONDOS S.A. debe devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como aportes, frutos e intereses hasta que se produzca su reintegro efectivo; fondo privado que debe asumir el deterioro sufrido por los dineros administrados, esto es, todos los valores que ha aportado; se ordene a COLPENSIONES aceptarla en el RPM y, recibir los recursos señalados; subsidiariamente, se condene a COLFONDOS S.A. a pagar los perjuicios integrales generados por el cambio de régimen, reconociendo la pensión de vejez en el mismo valor liquidado por el RPM o indemnizándola; costas: ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 15 de junio de 1962; el 09 de junio de 1987 se afilió al Instituto de Seguro Social y aportó a través de distintos empleadores; a la fecha de presentación de la demanda había cotizado 1266 semanas; el 16 de enero de 1996 se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., pues, participó en una reunión organizada por dicho fondo privado en que le indicaron que el ISS entraría en quiebra, que las AFP habían sido creadas por el mal manejo gubernamental en temas pensionales, el aumento de la población tornaba difícil el pago de las pensiones en el régimen público, los aportes al fondo privado serían correctamente administrados y producirían rendimientos, asimismo, en el RAIS se podía pensionar a la edad que quisiera; no le dijeron el valor que debía ahorrar para tener derecho a la pensión, la cuantía de su mesada, las ventajas y



desventajas de los regímenes pensionales, ni las consecuencias del traslado, para que pudiera informarse; el ISS no la asesoró ni le dio explicaciones sobre la información que le brindaron los asesores comerciales del fondo privado; tampoco pudo hacer comparativos al cambiar de régimen; no le hicieron saber antes de sus 47 años que se podía devolver al RPM; no le hablaron sobre las prestaciones a que tendría derecho, según el artículo 12 del Decreto 720 de 1994; le resulta desventajoso pensionarse en el fondo privado en comparación con COLPENSIONES; su tasa de reemplazo en el RAIS sería de 21.82%, mientras que en el RPM ascendería a 50.21%; su pensión en el régimen privado equivaldría a \$2'291.983.00 y en el público alcanzaría \$5'272.615.00; el 10 de julio de 2020 solicitó a COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A. retornar al RPM; la Administradora del RPM rechazó su petición y, la AFP le indicó que no cumplía los requisitos de la Sentencia SU – 062 de 2010 para tramitar el traslado¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS, el traslado al RAIS y, la solicitud de 10 de julio de 2020 con la respuesta aludida. En su defensa propuso 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

¹ Documento 1, páginas 1 a 19.



nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica².

Mediante auto de 13 de enero de 2023, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de María Consuelo Gutiérrez Medina del RPM al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., en consecuencia, condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales; ordenó a la Administradora del RPM afiliarse nuevamente a la demandante al régimen público y, recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES e; impuso costas a la AFP⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

² Documento 12, páginas 1 a 42.

³ Documento 14.

⁴ Archivo 21 y Documento 20.



Inconforme con la decisión anterior, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, por ello, le correspondía demostrar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima para trasladarse en cualquier tiempo, como no lo hizo, se encuentra válidamente afiliada al RAIS, máxime cuando no mostró inconformidad alguna con la administración de sus cotizaciones; ahora, la actora asegura que la AFP omitió brindar información suficiente y oportuna sobre el traslado, pero, en calidad de potencial afiliada ella tenía deberes como el de informarse sobre el contrato que estaba suscribiendo; igualmente, no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues, COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto celebrado entre la demandante y la AFP, por ello, no se debe ver afectada, además, la declaratoria de ineficacia vulnera gravemente el equilibrio financiero del sistema general de pensiones establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, más cuando con este tipo de procesos se pretende un reconocimiento pensional. Subsidiariamente, se debe condenar a COLFONDOS S.A. a pagar los perjuicios económicos que ello genere, en virtud de la teoría del daño, según la cual quien causa un daño debe repararlo⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María Consuelo Gutiérrez Medina estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 09 de junio de 1987 a 31 de enero de 1996, aportando 442.29 semanas para

⁵ Archivo 21 y Documento 20.



los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 16 de enero de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A.; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶, el formulario de afiliación⁷, el reporte de estado de cuenta detallado⁸, el reporte de días acreditados⁹ y, el certificado de vinculación¹⁰, expedidos por COLFONDOS S.A. y, el resumen de historia laboral elaborado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹¹.

Gutiérrez Medina nació el 15 de junio de 1962, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹².

El 10 de julio de 2020, la demandante solicitó a COLPENSIONES¹³ y a COLFONDOS S.A.¹⁴ su regreso al RPM con base en las Sentencias C – 789 de 2002 y C – 1024 de 2004 que protegen el derecho a la libre elección de regímenes pensionales; con oficio de igual calenda, la Administradora del RPM le informó que la petición se enviaría a COLFONDOS S.A. donde se encontrara afiliada para establecer si era procedente gestionar el traslado bajo la Sentencia SU – 062 de 2010¹⁵. Y, mediante comunicado del siguiente día 16, el fondo privado negó la petición, pues, la convocante se encontraba en una prohibición legal de traslado, tampoco cumplía los requisitos del régimen de transición, el

⁶ Documento 3, página 33.

⁷ Documento 3, página 3.

⁸ Documento 3, páginas 17 a 30.

⁹ Documento 3, páginas 38 a 43.

¹⁰ Documento 3, página 37.

¹¹ Documento 3, páginas 31 a 32.

¹² Documento 3, páginas 1 a 2.

¹³ Documento 3, página 4.

¹⁴ Documento 3, página 8.

¹⁵ Documento 3, páginas 5 a 7.



Decreto 3800 de 2003, ni la Sentencia SU – 062 de 2010¹⁶. En igual sentido, respondió COLPENSIONES en oficio de 27 de noviembre de 2020¹⁷.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio¹⁸; (ii) liquidación pensional aportada por la demandante, según la cual, su mesada en el RAIS sería de

¹⁶ Documento 3, páginas 9 a 10.

¹⁷ Documento 12, páginas 44 a 45.

¹⁸ Documento 2, páginas 5 a 75.



\$2'291.983.00 y en el RPM de \$4'639.901.00¹⁹; (iii) simulación pensional de 22 de septiembre de 2020 elaborada por COLFONDOS S.A., en que proyectó una mesada de \$2'187.140.00 en el régimen privado²⁰ y; (iv) expediente administrativo²¹.

También se recibió el interrogatorio de parte de María Consuelo Gutiérrez Medina²².

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 16 de enero de 1996²³, se lee:

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

¹⁹ Documento 3, páginas 11 a 16.

²⁰ Documento 3, páginas 34 a 36.

²¹ Documento 12, páginas 67 a 226.

²² Archivo 21, min. 05:59. Dijo ser ingeniera industrial. Empezó a cotizar en el ISS desde 1987 y se trasladó en 1996 a COLFONDOS S.A. a raíz de la presión que sintió por parte de su empresa, quien condicionó su nombramiento como profesional. Se hicieron charlas grupales de aproximadamente sesenta personas en donde les dijeron que el ISS iba a quebrar, que ello era conocimiento público y aparecía en la prensa y, que se pasarán al fondo privado para no perder los aportes. Las charlas duraron cerca de 15 minutos; se realizaron entre 5 o 6 reuniones donde estuvo presente la directora de relaciones industriales de la compañía y un asesor de COLFONDOS S.A. Firmó el formulario porque la condición para el ascenso era que se pasara a la AFP. Cuando fue a averiguar sobre los trámites de su pensión, le indicaron que no se calcularía con el promedio de los últimos 10 años y, que se tendría en cuenta un tiempo de vida que se dividía en 13 cuotas. El monto le pareció irrisorio, ya que se asemejaba al sueldo que ganaba cuando empezó a trabajar en la empresa. Le dijeron también que debía hacer el trámite del bono pensional y, que se quedaría en el limbo cuando se acabaran sus ahorros. Buscó a un experto en cálculo actuarial para que le explicara su situación pensional, quien le hizo ver la gran diferencia en su mesada. Nunca le explicaron realmente cómo iba a ser su pensión en la AFP. Tampoco le aclararon que su prestación no se calcularía con el promedio de los últimos 10 años, que debía tramitar el bono pensional, ni que podía retornar a COLPENSIONES en los 10 años anteriores a la edad pensional. Hizo aportes voluntarios en OLD MUTUAL S.A. para bajar la retención en la fuente, pero no ha estado afiliada a esta AFP. No ha solicitado pensión de vejez.

²³ Documento 3, página 3.



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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁴; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*²⁵.

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

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

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



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

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

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



toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁶.

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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, COLFONDOS S.A., debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de María Consuelo Gutiérrez Medina en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁷, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

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

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



Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los valores remitidos por la AFP, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, en este aspecto se confirmará la decisión de primera instancia.

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

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de

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



suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, COLFONDOS S.A., tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago²⁹. Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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



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

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

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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



Finalmente, en lo atinente a la solicitud de COLPENSIONES relacionada con el pago de perjuicios económicos generados, cabe señalar, que en el asunto no fueron objeto de debate, además la Administradora del RPM puede adelantar, si así lo considera, las acciones judiciales que estime pertinentes frente a la eventual causación de perjuicios que le ocasione la ineficacia del acto jurídico de traslado de la accionante. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de María Consuelo Gutiérrez Medina como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, sumas que deberán reintegrarse de manera indexada y con cargo a las utilidades de la AFP, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.



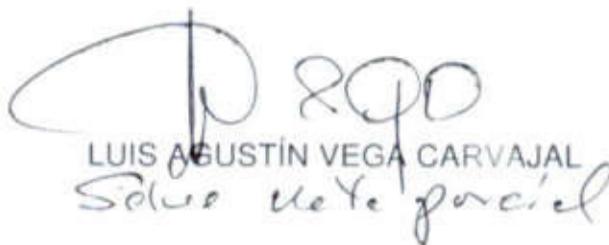
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

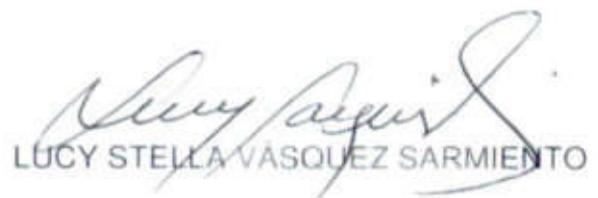
EXPD. No. 027 2020 00377 01
Ord. María Juana: 13. COLPENSIONES y otro

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JAVIER FRANCISCO ROMERO HERNÁNDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 15



de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS efectuada a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, se condene a dicha AFP a devolver a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual; la Administradora del RPM debe aceptarlo en el régimen de prima media como si nunca hubiera migrado; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 01 de abril de 1959; cotizó al RPM de 25 de agosto de 1980 a 30 de julio de 2000; al iniciar éste último año, los asesores de PORVENIR S.A. visitaron las instalaciones de la empresa donde laboraba para brindarles charlas en que les ofrecían mejores beneficios que CAPRECOM EICE; el 06 de junio de 2000, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; ningún asesor le brindó información pertinente, veraz y oportuna para que tomara la decisión de cambiar de régimen, no le explicaron la diferencia entre las mesadas del RPM y el RAIS; solicitó al fondo privado la proyección pensional a sus 62 años, arrojando como resultado que no tendría derecho a la prestación económica, independientemente de si seguía cotizando; ha aportado 1622 semanas durante toda su vida laboral; su IBC es cercano a los \$7'000.000.00; su pensión en el RPM sería de \$3'099.883.00; el 10 de enero de 2021, solicitó a



COLPENSIONES la ineficacia de su afiliación al RAIS, sin obtener respuesta¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en relación con los supuestos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, su buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, genérica².

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la solicitud de 10 de enero de 2021 y, la falta de respuesta. En su defensa propuso las excepciones de perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

¹ Documento 1, páginas 1 a 7.

² Documento 6, páginas 2 a 25.

³ Documento 13, páginas 1 a 12.



El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 01 de agosto de 2000 por Javier Francisco Romero Hernández al RAIS través de PORVENIR S.A., en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM; ordenó a PORVENIR S.A. devolver los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración y, seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPM y, actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva e; impuso costas a cargo de las demandadas⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que la afiliación fue válida y cumplió con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues, el demandante firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación, además, el accionante no es beneficiario del régimen de transición, ya que, no acreditó las semanas requeridas a 01 de abril de 1994, igualmente, resulta improcedente alegar después de tanto tiempo que fue engañado sólo por el hecho que sus expectativas fueron fallidas, en consecuencia, no se puede alegar la ineficacia de la afiliación sino un resarcimiento de perjuicios; ahora, la carga de la prueba recae en la AFP cuando el afiliado está bajo el régimen de transición, en caso contrario, le corresponderá a éste demostrar no sólo que la información fue incompleta sino el engaño sufrido al momento de la vinculación, adicionalmente, se

⁴ Documento 21 y Archivo 22.



debe tener en cuenta que el convocante ratificó la voluntad de afiliación al RAIS al permanecer en el régimen bastante tiempo. Subsidiariamente, es evidente el perjuicio o descapitalización del RPM al recibir al actor como afiliado de este régimen, por ello, se debe condenar a PORVENIR S.A. a pagar a COLPENSIONES, a título de sanción un cálculo equivalente al valor total de las mesadas pensionales a las que tendría derecho el demandante, liquidadas bajo los parámetros del RPM, tomando para el efecto la expectativa de vida y la de sus beneficiarios, debido a que la Administradora del RPM es un tercero que no participó en el acto de vinculación⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Javier Francisco Romero Hernández estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social – ISS de 25 de agosto de 1980 a 30 de julio de 2000, aportando 964.50 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 06 de junio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de agosto siguiente; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶, el formulario de afiliación⁷, la historia laboral consolidada⁸, el certificado de vinculación⁹, la relación histórica de movimientos¹⁰ y, la relación de aportes¹¹, expedidos por PORVENIR S.A., el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹², el resumen de historia

⁵ Documento 21 y Archivo 22.

⁶ Carpeta 14, expediente administrativo, séptimo documento, páginas 1 a 4.

⁷ Documento 1, página 11.

⁸ Documento 6, páginas 85 a 92.

⁹ Documento 6, página 84.

¹⁰ Documento 6, páginas 93 a 113.

¹¹ Documento 6, páginas 114 a 128.

¹² Documento 6, página 72.



laboral¹³ y, la historia válida para bono¹⁴, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Romero Hernández nació el 01 de abril de 1959, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁵.

El 10 de enero de 2021, el demandante solicitó a COLPENSIONES la ineficacia de su afiliación al RAIS, por cuanto existió vicio en su consentimiento, en consecuencia, recibiera los aportes y rendimientos de PORVENIR S.A. y, lo afiliara al RPM¹⁶.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo

¹³ Documento 6, páginas 129 a 130.

¹⁴ Documento 6, páginas 131 a 132.

¹⁵ Documento 1, página 10.

¹⁶ Documento 1, página 27.



13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera de ellos "es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado".

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio¹⁷; (ii) simulación pensional de 07 de enero de 2020 realizada por PORVENIR S.A., según la cual la pensión del demandante a sus 62 años sería de \$877.803.00¹⁸; (iii) liquidación pensional aportada por el actor que arrojó una mesada de \$3'099.880.00 en el RPM¹⁹; (iv) declaración extra proceso de 14 de enero de 2021, en que el accionante manifestó que en junio de 2000 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A., cuya asesora lo convenció de afiliarse, pues, le señaló que tendría más beneficios que en el RPM, se podía pensionar antes de tiempo, recibiría una mejor mesada, existía la posibilidad de solicitar la devolución del dinero si quería retirar los recursos, además, el ISS se había quebrado, también indicó que se sentía frustrado, porque, el valor de su pensión sería paupérrimo en el RAIS²⁰; (v) comunicados de prensa²¹; (vi) concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia²² y; (vii) expediente administrativo²³.

También se recibió el interrogatorio de parte de Javier Francisco Romero Hernández²⁴.

¹⁷ Documento 1, páginas 34 a 50.

¹⁸ Documento 1, páginas 20 a 23.

¹⁹ Documento 1, páginas 24 a 26.

²⁰ Documento 1, páginas 28 a 30.

²¹ Documento 6, páginas 74 a 76.

²² Documento 6, páginas 77 a 83.

²³ Carpeta 14.

²⁴ Archivo 22, min. 09:50. Dijo ser abogado especializado en derecho público, constitucional, administrativo y contractual. Narró que estaba adelantando un procedimiento en la E.S.E. (R) MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO. Allí fue informado de la presencia de una asesora de PORVENIR S.A. cuando iba a tomar posesión de un cargo en la entidad como profesional universitario. Lo convocaron a una charla grupal



Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 06 de junio de 2000²⁵, se lee:

"HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD."

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de

donde la promotora le habló del beneficio de inscribirse en dicho fondo; le expuso maravillas, como que la AFP le iba a dar mejores garantías que donde se encontraba vinculado. No leyó el formulario de afiliación, pero sabía que se trataba de una afiliación a un fondo de pensiones. Firmó el formulario de manera libre y sin presiones, con base en lo que le prometieron. Al momento de afiliarse, no conocía que existían dos regímenes pensionales. No le hablaron de aportes voluntarios o de qué pasaría con sus aportes en caso de fallecimiento, aunque puso el nombre de una beneficiaria. Tampoco le advirtieron del derecho de retracto. Se presentó en PORVENIR S.A. porque lo que le manifestaron no era cierto, como el valor de su mesada o que se podía pensionar anticipadamente.

²⁵ Documento 6, página 73



la jurisdicción ordinaria²⁶; resaltando además, que "...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...**"²⁷.

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

Reafirma lo dicho, el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social señalado en el artículo 48 Constitucional, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en las leyes sociales del trabajo, su naturaleza de

²⁶ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁷ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁸.

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

²⁸ CSJ, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



el artículo 271 *ibidem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, PORVENIR S.A., debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Javier Francisco Romero Hernández en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁹, en ese sentido se adicionará el fallo de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los valores remitidos por la AFP, reactivar la afiliación del demandante y, actualizar su historia laboral, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento

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



por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁰, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

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

³⁰ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³¹. Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la consulta a favor de COLPENSIONES.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³², por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en

³¹ CSI, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 45832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.

³² CSI, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



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

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³³. Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

De otro lado, en lo atinente a la solicitud de COLPENSIONES relacionada con el pago, a título de sanción, de las mesadas que le reconocería y pagaría al demandante bajo los parámetros del RPM cuando reúna los requisitos de la pensión, cabe señalar, que no fueron objeto del litigio y la Administradora del RPM puede adelantar, si así lo considera, las acciones judiciales que estime pertinentes frente a la eventual causación de perjuicios que le ocasione la ineficacia del acto jurídico de traslado del accionante.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁴.

³³ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



En el *examine*, aunque respecto de COLPENSIONES se declaró tener como válidamente vinculado al demandante en el RPM para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS del accionante, la Administradora del RPM no actuó en este acto jurídico, por ende, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor, se le absolverá de las costas impuestas. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES las cotizaciones, bono pensional, con todos sus frutos e intereses o rendimientos, obrantes en la cuenta de ahorro individual de Javier Francisco Romero Hernández; asimismo los descuentos efectuados por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, valores que debe remitir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con arreglo a la parte motiva de esta sentencia.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

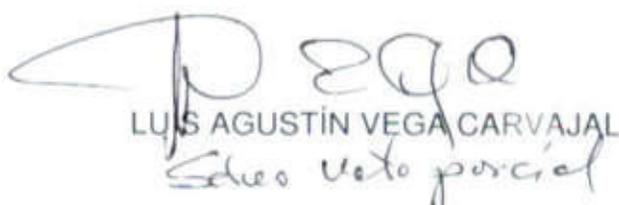
EXPD. No. 028 2021 00053 01
Ord. Javier Romero Vx. COLPENSIONES y otro

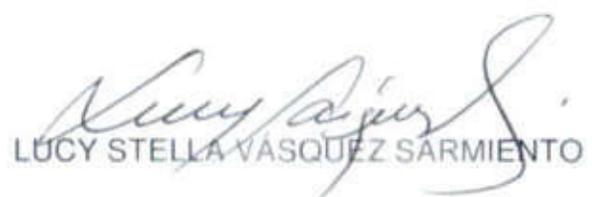
SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Edicto voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

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

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto



de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 30 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., así como su posterior cambio a PORVENIR S.A., por vicios en su consentimiento, en consecuencia, se deben remitir todos los aportes, rendimientos y cuotas de administración a COLPENSIONES; se condene a PORVENIR S.A. a realizar todas las gestiones administrativas y financieras para devolver los valores señalados; COLPENSIONES debe recibir dichos dineros; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 26 de febrero de 1969; el 23 de enero de 1990 se afilió al RPM; el 14 de septiembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A.; la asesora Sandra Liliana Rico Amézquita le hizo creer que la firma del formulario era un trámite administrativo, pero, no la asesoró en materia pensional; el 06 de noviembre de 1998, se cambió a HORIZONTE S.A. cuando iba a ingresar como empleada de la Rama Judicial; la promotora Sonia Marcela Buitrago le indicó que esta AFP tenía muy buena estabilidad financiera y, sus condiciones pensionales serían iguales o mejores que en el fondo privado anterior; ninguna AFP le informó acerca de la incidencia del traslado de régimen ni del cambio entre administradoras del RAIS, la posibilidad para retornar al RPM, la diferencia entre regímenes, las modalidades de pensión, los



beneficiarios, ni la influencia del contexto familiar al determinar el capital mínimo de su pensión; el 17 de diciembre de 2021 radicó ante COLPENSIONES formulario de afiliación, solicitud rechazada en la misma fecha, informando que no podía regresar después que le faltaran 10 años o menos de la edad de pensión; a la fecha de presentación de la demanda había cotizado 36.43 semanas en el RPM y 950.80 semanas en el RAIS¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al RPM, los aportes efectuados en este régimen y, la solicitud de 17 de diciembre de 2021. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, genérica².

¹ Documento 1, páginas 2 a 23.

² Documento 4, páginas 2 a 40.



La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. rechazó los pedimentos, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la convocante y, las semanas cotizadas al RAIS. En su defensa 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, su buena fe³.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a las situaciones fácticas admitió la fecha de nacimiento de la demandante y, la afiliación al RAIS. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe de la AFP, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, genérica⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado al RAIS

³ Documento 5, páginas 2 a 34.

⁴ Documento 6, páginas 3 a 28.



efectuado el 14 de septiembre de 1995 por Martha Rocío Bello Menjura a través de PROTECCIÓN S.A., así como su cambio entre administradoras del régimen privado, en consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a remitir con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a la Administradora del RPM la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la accionante, que incluye aportes sufragados con rendimientos, asimismo, deberá transferir los dineros deducidos y dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora ha estado afiliada a esa AFP, valores que deben ser indexados y asumidos con cargo a sus propias utilidades; ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada al RPM sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado que se declara ineficaz e; impuso costas a PROTECCIÓN S.A.⁵

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. interpusieron sendos recursos de apelación⁶.

⁵ Documento 14.

⁶ Documento 14.



COLPENSIONES en resumen expuso, que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad del afiliado de trasladarse de régimen una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, limitó este derecho cuando a la persona le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en rigor del sistema, para quienes se conservó el derecho de regresar al RPM en cualquier tiempo, limitación que se justifica también con el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que, COLPENSIONES debe estar encaminada al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera, en el asunto, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, entonces, está inmersa en la prohibición legal de traslado, adicionalmente, se debe tener en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 062 – 2010 en cuanto al estudio de rentabilidad. Por otra parte, la obligación de la AFP sólo era brindar información verbalmente para la fecha del traslado, resultando desmedido exigir a los fondos que realizaran proyecciones o que aporten medios probatorios diferentes al formulario de afiliación, pues, no se había impuesto en la normatividad de la época, exigencia que desvirtúa el principio de confianza legítima, pues, si bien existe un deber de entregar información en la medida de asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego, no es menos cierto que la demandante tenía la capacidad de ilustrarse e indagar en el RAIS para aclarar las dudas sobre su futuro pensional; la firma del formulario y las cotizaciones efectuadas por más de 20 años acreditan la aceptación voluntaria y sin presiones de su vinculación al RAIS; además, el cambio horizontal constituye un acto de relacionamiento para entender ratificada su voluntad de permanencia; tampoco se alegó la nulidad dentro del término que establece el artículo 1750 del Código Civil y, se



debe tener en cuenta que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico suscrito entre la accionante y las AFP.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que la vinculación al RAIS de la demandante fue libre, voluntaria y consciente, como se expresa en el formulario de afiliación, pues, para la fecha de traslado no era exigible a los fondos privados conservar documentación adicional al formulario de afiliación, ni se puede entender que frente a la afiliada existía una posición dominante que colocara a la AFP en mejor situación para llevar a cabo la vinculación; adicionalmente, la accionante alegó su propia culpa en beneficio suyo, por cuanto sí contaba con las condiciones necesarias, suficientes y calificadas para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por los fondos privados, como consumidora financiera tenía deberes y debía actuar con mediana diligencia y conocer el acto jurídico que estaba realizando, simplemente su inconformidad con el RAIS se deriva del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para viciar la voluntad. Por otra parte, se debe revocar la condena a devolver primas y gastos de administración, comoquiera que estas sumas no están llamadas a financiar la pensión, sino que tienen una destinación específica que ya ha sido cumplida, en la medida que se generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual y, se pagaron dineros a las aseguradoras contratadas para cobertura plena de la accionante. Tampoco es procedente trasladar los rendimientos que se generaron en el RAIS, ya que, ello desbordaría los efectos de la ineficacia, solamente se debe entregar los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados en el RPM. Tampoco procede la indexación de estas sumas, pues, implicaría una doble actualización de la cuenta, pues, los rendimientos aseguran que los aportes no pierdan su valor adquisitivo y, el traslado de los rubros ya



le permite a COLPENSIONES cubrir el reconocimiento de una eventual pensión de vejez.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Martha Rocío Bello Menjura estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 23 de enero de 1990 a 27 de septiembre de 1993, aportando 36.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 14 de septiembre de 1995 solicitó su traslado al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., con efectos desde esa calenda; el 06 de noviembre de 1998 se vinculó a HORIZONTE Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de enero de 1999; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁷, la historia laboral consolidada⁸, el certificado de vinculación⁹, la relación histórica de movimientos¹⁰ y, la relación de aportes¹¹, expedidos por PORVENIR S.A., los formularios de afiliación¹², la historia no válida para bono¹³ y, el resumen de historia laboral¹⁴, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁵, la constancia de traslado de aportes¹⁶ y, el reporte de estado de cuenta¹⁷, emitidos por PROTECCIÓN S.A.

⁷ Documento 1, páginas 54 a 55.

⁸ Documento 1, páginas 56 a 67.

⁹ Documento 5, página 36.

¹⁰ Documento 5, páginas 50 a 63.

¹¹ Documento 5, páginas 64 a 96.

¹² Documento 1, páginas 70 y 71.

¹³ Documento 5, página 98 a 99.

¹⁴ Documento 5, páginas 100 a 101.

¹⁵ Documento 5, páginas 102 a 104.

¹⁶ Documento 6, página 43.

¹⁷ Documento 6, páginas 44 a 45.



Bello Menjura nació el 26 de febrero de 1969, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁸.

El 17 de diciembre de 2021, la demandante radicó ante COLPENSIONES formulario de afiliación¹⁹, mediante oficio de igual calenda, la entidad rechazó su petición, porque, se encontraba vinculada al RAIS²⁰.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

¹⁸ Documento 1, página 53.

¹⁹ Documento 1, página 75.

²⁰ Documento 1, página 76.



Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de las AFP convocadas a juicio²¹; (ii) registros civiles de nacimientos de los hijos de la demandante²²; (iii) comunicado de 24 de marzo de 2015, en que PORVENIR S.A. informó a la accionante que estaba próxima a cumplir 47 años de edad y los afiliados podían trasladarse de régimen antes de esa edad, por ello, la invita a una asesoría pensional personalizada²³; (iv) conceptos de 29 de diciembre de 2015²⁴ y 15 de enero de 2020²⁵ de la Superintendencia Financiera de Colombia; (v) comunicados de prensa²⁶; (vi) documento titulado "*Políticas Asesorar para vincular personas naturales*"²⁷ y; (vii) expediente administrativo.

También se recibieron los interrogatorios de parte de la Representante Legal de PROTECCIÓN S.A.²⁸, la Representante Legal de PORVENIR S.A.²⁹ y de Martha Rocío Bello Menjura³⁰.

²¹ Documento 1, páginas 28 a 52.

²² Documento 1, páginas 68 a 69.

²³ Documento 5, página 97.

²⁴ Documento 6, páginas 51 a 52.

²⁵ Documento 5, páginas 105 a 111.

²⁶ Documento 5, páginas 112 a 114.

²⁷ Documento 6, páginas 46 a 50.

²⁸ Documento 14, min. 17:00. Nataly Sierra Valencia. Dijo ser abogada y actualmente se ocupa como analista de procesos jurídicos en la entidad. Manifestó que las políticas de la AFP son capacitar a los asesores que ingresan a laborar, con el fin de que brinden esa información a los futuros afiliados. No le consta cómo se aplicó el procedimiento para asesorar a la demandante. La asesoría para la fecha de la afiliación no requería soportes documentales. De igual manera, indicó que el control que realiza el fondo privado es aleatorio, es decir, se revisa aleatoriamente la información suministrada por los asesores. No le consta si se hizo dicha verificación en este caso. Por último, expuso que el único documento que acredita el traslado es el contrato de afiliación.

²⁹ Documento 14, min. 23:00. Diana Esperanza Gómez Fonseca. Narró que el procedimiento para realizar el traslado entre administradoras inicia con la validación y viabilidad a través de SIAF, observando el tiempo mínimo de permanencia en los fondos. El formulario de afiliación es la única constancia de la asesoría verbal dada a la demandante. No obran documentos relacionados con capacitaciones a los asesores en este caso, pero cuando éstos se vinculan a la entidad se realizan capacitaciones en temas pensionales.

³⁰ Documento 14, min. 26:00. Dijo ser abogada y trabajar en la Rama Judicial. En 1995 se afilió a PROTECCIÓN S.A. No tuvo una reunión o asesoría con un promotor de la AFP, sino que este llenó el formulario y la deponente lo leyó y firmó con base en la información que le habían dado. Esa persona era la encargada de hacer las afiliaciones en la empresa. No tenía claro que estaba haciendo un cambio de régimen pensional. Le indicaron solamente que se trataba de un fondo de pensiones. No le hablaron de una cuenta de ahorro individual, de rendimientos ni de beneficiarios. No recuerda si recibía extractos. Se siente engañada porque no le dieron la información que necesitaba. Posteriormente, se cambió a PORVENIR S.A. cuando empezó a trabajar en la Rama Judicial. Le hicieron entrega de un paquete para formalizar el acto. Un asesor del fondo la afilió y le explicó que tendría mejor rentabilidad. Para ese momento no conocía los requisitos para pensionarse. Ella suministró la información consignada en el formulario. No le hablaron de aportes voluntarios, de pensión anticipada, ni de prestaciones económicas de sobrevivencia o invalidez. Diligenció el formulario con la información que le solicitaba. Si recibe extractos de PORVENIR S.A., no conoce del tema, pero verifica la información. No sabe acerca del monto de su mesada en la AFP ni en COLPENSIONES. No regresó al ISS por desconocimiento.



Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 14 de septiembre de 1995³¹, se lee:

"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS."

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³²; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*³³.

³¹ Documento 1, página 70.

³² CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³³ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



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

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

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para



dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³⁴.

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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y, si bien la accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Martha Rocío Bello Menjura

³⁴ CSI, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁵, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía descuento de suma alguna. En este tema se adicionará la decisión del *a quo*, atendiendo la consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

³⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de la garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁶, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

Tampoco procede el cálculo de rentabilidad solicitado por COLPENSIONES en su impugnación, en tanto, en el asunto se discutió la ineficacia de un cambio de régimen no informado, no el regreso de un beneficiario del régimen de transición en cualquier tiempo, por ende, no es dable analizar los presupuestos de la Sentencia SU – 062 de 2010.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral

³⁶ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003



1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, PROTECCIÓN S.A., tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁷.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración,

³⁷ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014; en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL 3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se confirmará la decisión de primer grado.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁸, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

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

³⁸ CSI, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



*declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*³⁹.

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES las sumas deducidas por primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda y, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos, con arreglo a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

³⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



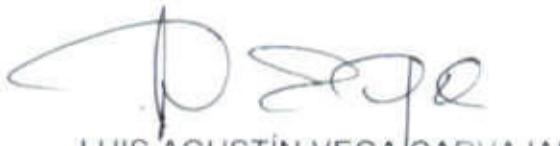
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 032 2022 00016 01
Ord. Martha Bello Vs. COLPENSIONES y otros

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo voto por caso


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE GLORIA MYRIAM ROMERO MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de abril de 2023, proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare nulo o sin efectos su traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A. realizado el 31 de agosto de 1995 y, su cambio a PROTECCIÓN S.A. de 07 de octubre de 2002, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES autorizar su regreso al RPM; se ordene a PROTECCIÓN S.A. remitir a la Administradora del RPM los valores obrantes en su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos financieros y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 19 de agosto de 1954; estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social y a la Caja de Previsión Social Distrital; el 31 de agosto de 1995 se trasladó a COLFONDOS S.A., pues, cuando laboraba para la Secretaría Distrital de Hacienda, se presentó un promotor de COLFONDOS S.A. para hablarles de los beneficios derivados del cambio de régimen pensional; asesor que le indicó que su pensión sería muy superior en el RAIS, por ello, la mejor opción era trasladarse, sin dar explicaciones, que además se le devolvería parte de su capital como excedentes de libre disponibilidad; no le elaboró proyecciones pensionales, ni comparativos; tampoco le informó sobre las ventajas de ambos regímenes, las consecuencias del traslado, la modalidad de retiro programado, ni que la mesada estaba sujeta a los rendimientos financieros a diferencia del RPM; el 07 de octubre de 2002 se cambió a SANTANDER S.A., AFP que tampoco le dio a conocer las bondades y desventajas del RAIS y del RPM, ni le entregó proyecciones pensionales, no le explicó que su pensión dependería de los rendimientos del capital, le aseguró que el cambio era la mejor opción, sin ningún soporte; se acercó a PROTECCIÓN S.A. para conocer el posible monto de su pensión, pero,



la proyección no correspondió a lo expuesto verbalmente; solicitó a las AFP copia de los formularios; el 16 de marzo de 2018, PROTECCIÓN S.A. le informó que había aportado 1856.86 semanas durante toda su vida laboral y, su saldo ahorrado equivale a \$129.375.490.00; el 13 de febrero de 2019 reclamó administrativamente a COLPENSIONES, recibiendo respuesta con oficio de 20 de febrero siguiente¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al RPM y, la solicitud de 13 de febrero de 2019 con la respuesta aludida. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, su buena fe y, presunción de legalidad de los actos administrativos².

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el traslado de la demandante a esa AFP. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe de la AFP, compensación, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del

¹ Documento 1, páginas 5 a 23.

² Documento 1, páginas 221 a 228.



consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y, nadie puede ir en contra de sus propios actos³.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos de hecho admitió la afiliación a SANTANDER S.A., la solicitud de copia del formulario y, la respuesta de 16 de marzo de 2018. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, genérica⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró ineficaz el traslado efectuado por Gloria Myriam Romero Martínez al RAIS, en consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES la totalidad de aportes sufragados con rendimientos financieros causados, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

³ Documento 1, páginas 240 a 261.

⁴ Documento 1, páginas 363 a 386.



mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos; condenó a COLFONDOS S.A. a remitir a la Administradora del RPM los dineros descontados por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades; ordenó a COLPENSIONES recibir esos valores y, contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva e; impuso costas a las AFP⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Gloria Myriam Romero Martínez estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS y, a la Caja de Previsión Social Distrital hoy Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, de 02 de abril de 1971 a 31 de agosto de 1995, aportando 1068.29 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 31 de agosto de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A., efectivo a partir de 01 de septiembre siguiente; el 07 de octubre de 2002 se afilió a SANTANDER Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., con efectos desde 31 de diciembre de ese año; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶, los formularios de afiliación⁷, el reporte de semanas

⁵ Archivo 11 y Documento 12.

⁶ Carpeta 2, primer documento, páginas 1 a 4.

⁷ Documento 1, páginas 114 a 115.



cotizadas al ISS⁸, la historia válida para bono⁹ y, el resumen de historia laboral¹⁰, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la historia laboral¹¹ y, el reporte de estado de cuenta¹², expedidos por PROTECCIÓN S.A., los certificados de información laboral y de salario base, emitidos por la Secretaría Distrital de Hacienda¹³, las capturas de pantalla del aplicativo AS400¹⁴ y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁵.

Romero Martínez nació el 21 de julio de 1954, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁶.

El 13 de febrero de 2019, la demandante solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su afiliación al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. y su posterior cambio a COLFONDOS S.A., en consecuencia, recibiera los valores de su cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos financieros y, aceptara su regreso al RPM¹⁷; pedimentos negados mediante oficio de igual calenda, bajo el argumento que el traslado lo realizó la accionante de manera directa y voluntaria en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen, que la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia no era retroactiva, además se encontraba en la prohibición legal de traslado por razón de su edad¹⁸.

⁸ Documento 1, páginas 116 a 118.

⁹ Documento 1, páginas 119 a 121.

¹⁰ Documento 1, páginas 424 a 425.

¹¹ Documento 1, páginas 122 a 132.

¹² Documento 1, páginas 409 a 420.

¹³ Documento 1, páginas 135 a 143.

¹⁴ Documento 1, páginas 263 y 408.

¹⁵ Documento 6, páginas 372 a 373.

¹⁶ Documento 1, página 144.

¹⁷ Documento 1, páginas 147 a 152.

¹⁸ Documento 1, páginas 153 a 155.



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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de las AFP convocadas a juicio¹⁹; (ii) copia del Decreto 348 de 1995, por el cual se ordenó la entrada en vigor del sistema general de pensiones para los servidores públicos del Distrito Capital²⁰; (iii) comunicados de prensa²¹; (iv) expediente administrativo²²; (v) documento titulado *"Políticas Asesorar para vincular personas naturales"*²³ y; (vi) concepto de 29 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia²⁴.

¹⁹ Documento 2, páginas 24 a 113.

²⁰ Documento 1, páginas 145 a 146.

²¹ Documento 1, páginas 264, 435 a 436; documento 6, página 383.

²² Carpeta 2.

²³ Documento 6, páginas 374 a 378.

²⁴ Documento 6, páginas 379 a 382.



También se recibió el interrogatorio de parte de Gloria Myriam Romero Martínez²⁵ y, los testimonios de María Mery González²⁶ y, Martha Lucía Rodríguez²⁷.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 31 de agosto de 1995²⁸, se lee:

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

²⁵ Archivo 11, min. 08:21. Dijo tener estudios de bachillerato. Trabaja en la Secretaría Distrital de Hacienda desde hace más de 34 años. Narró que en 1996 los asesores de COLFONDOS S.A. hicieron reuniones grupales en la entidad, donde les informaron que debían trasladarse porque el ISS se liquidaría. Al momento de la vinculación, no sabía que se trataba de un cambio de régimen. No le informaron que el reconocimiento de la pensión de vejez iba a depender del capital obrante en la cuenta de ahorro individual, lo que pasaría en caso de no alcanzarlo, que podía acceder a una pensión anticipada, ni qué iba a suceder con sus aportes al RPM. No le explicaron cómo se liquidaría su pensión en el RAIS, qué pasaría con sus aportes en caso de fallecimiento, las diferencias entre las pensiones de los dos regímenes, ni el tiempo mínimo de permanencia en el fondo privado. No se acercó a una oficina del ISS o de la AFP para corroborar la información, pues, permanece ocupada en su trabajo. Le pasaron un formulario diligenciado, solamente lo firmó porque no quería quedarse sin pensión. Manifestó que en 2002 se afilió a SANTANDER S.A. El asesor de este fondo se acercó a su ventanilla de trabajo y, le expuso en media hora que estaría mejor en esa administradora. La motivación para cambiarse de AFP fue las condiciones ofrecidas, es decir, unos intereses más altos. Pensó que era lo mismo. Cree que estas sumas y sus cotizaciones irían a una cuenta de ahorro, ya que se trata de un fondo de pensiones. La afiliación a SANTANDER S.A. fue libre y voluntaria. No leyó el formulario porque debía atender al público. No realizó preguntas. Ha recibido extractos. Por los medios de comunicación y por el dicho de sus compañeros, se dio cuenta que había cometido un error, que la habían engañado respecto al monto de su pensión porque le habían asegurado que la AFP tendría un mejor método de liquidación. Insistió en que nunca tuvo una asesoría. No ha actualizado sus datos. Antes de cumplir 47 años no le informaron que podía retornar al RPM.

²⁶ Archivo 11, min. 19:57. Cuenta con estudios de bachillerato y trabaja como auxiliar administrativa de la Secretaría Distrital de Hacienda desde hace más de 35 años. Es compañera de trabajo de la demandante desde 1990. Está afiliada a COLFONDOS S.A., a quien le ha solicitado pensión, pero tiene inconvenientes con el bono. Narró que se hicieron reuniones grupales en la entidad por parte de distintas AFP para todos los funcionarios y, luego individualmente preguntaban si querían afiliarse. En la hora de almuerzo asistió. Estuvo presente en la misma reunión que la accionante, en la cual les indicaron que la mejor opción era trasladarse porque se acabaría el ISS. No les dijeron que sus cotizaciones irían a una cuenta de ahorro individual, ni sobre las modalidades de pensión, ni que la prestación estaría sujeta al capital ahorrado, ni que podían acceder a una pensión anticipada.

²⁷ Archivo 11, min. 29:37. Arguyó tener maestría en auditoría. Es compañera de trabajo de la actora desde hace más de 17 años. Estuvo afiliada en COLFONDOS S.A., a quien demandó por mala información. El proceso salió a su favor. Ingresó a la Secretaría Distrital de Hacienda en 2004. Narró que supo de la vinculación de la demandante a COLFONDOS S.A. porque, entre las compañías, compartían sus situaciones laborales. Llegó a la entidad cuando la accionante había efectuado un cambio a SANTANDER S.A. Manifestó que los fondos privados mencionaban que el ISS se iba acabar y, que era mejor la pensión en las AFP. Además, les entregaban ISR, alcancías o esferos. Aseguró que no recibieron asesoría.

²⁸ Documento 6, página 114.



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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁹; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*³⁰.

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

²⁹ CSI, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³⁰ CSI, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



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

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

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



toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³¹.

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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y, si bien la accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PROTECCIÓN S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Gloria Myriam Romero Martínez en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, las primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, los aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos

³¹ CSI, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³², en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

Y si bien, COLFONDOS S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía descuento de suma alguna. En este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados a fondo de garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³³, no aplica en el

³² CSI, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.

³³ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

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

INDEXACIÓN



La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁴.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁵, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión,

³⁴ CSI, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado Nº 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia Nº 46832 de 12 de agosto de 2012, así como las decisiones Sl. 359, Sl.3871, Sl.4985, Sl.3537, Sl.4174 y Sl.3719 de 2021.

³⁵ CSI, Sala Laboral, Sentencia 43050 de 15 de junio de 2016.



como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social**”*³⁶.

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

³⁶ CSI, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 026 2021 00250 01
Ord. Gloria Romero A.s. COLPLANSIOMLS y otros

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

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

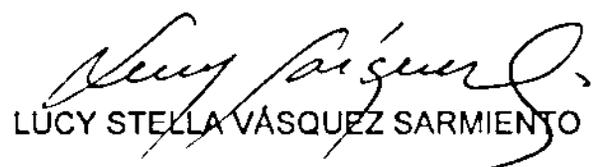
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA CLARA NIÑO GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

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



11 de abril de 2023, proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la ineficacia o nulidad de su traslado del RPM al RAIS a través de ING Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y, su posterior cambio a PORVENIR S.A., en consecuencia, ésta AFP debe remitir a COLPENSIONES el saldo de su cuenta de ahorro individual con los rendimientos generados; la Administradora del RPM debe recibir los éstos valores, activar y mantener su afiliación; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 31 de octubre de 1961; el 07 de julio de 1986 se afilió al RPM; en enero de 1995 se trasladó al RAIS administrado por ING Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; en septiembre de 2007 se afilió a PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente; ING Pensiones y Cesantías S.A. la indujo en error cuando le dijo que el ISS desaparecería y, no le brindó información adecuada y completa sobre el cambio de régimen, el capital necesario para pensionarse, los requisitos para alcanzar la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, las desmejoras en la tasa de reemplazo, el posible cálculo de su mesada, las modalidades de pensión, las desventajas y desventajas del traslado, la edad para pensionarse en el RAIS en el evento de no contar con el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual y, la fecha de redención del bono pensional; deber de información que de igual manera incumplió PORVENIR S.A.; a la fecha de presentación de la demanda ha cotizado



1067 semanas; su mesada en PORVENIR S.A. sería de \$1'260.100.00 y en el RPM ascendería a \$4'697.780.00; el 26 de julio de 2019 solicitó a PROTECCIÓN S.A., a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES la nulidad de su traslado; los días 31 de julio y 08 de agosto siguientes, la Administradora del RPM y PORVENIR S.A. rechazaron lo peticionado¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos de la demanda, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al RPM y, la solicitud de 26 de julio de 2019 con respuesta negativa. En su defensa propuso 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, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica².

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de Niño Gómez, la afiliación a ING Pensiones y Cesantías S.A., la diferencia en las mesadas del RPM

¹ Documento 1, páginas 87 a 107.

² Documento 3, páginas 1 a 51.



y RAIS y, la solicitud de 26 de julio de 2019. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe de la AFP, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, genérica y, traslado de aportes³.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. rechazó los pedimentos, en cuanto a los supuestos fácticos aceptó la afiliación de la demandante a esta AFP, las semanas de cotización, el valor de su mesada en el RAIS, la solicitud de 26 de julio de 2019 y, su respuesta negativa. Presentó 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, su buena fe⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado el 01 de febrero de 1996 por María Clara Niño Gómez del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A. así como de los que posteriormente realizó entre AFP, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. devolver a

³ Documento 6, páginas 1 a 28.

⁴ Documento 13, páginas 1 a 29.



COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ni primas de seguros previsionales; ordenó a PROTECCIÓN S.A. remitir a COLPENSIONES los valores descontados de la cuenta de ahorro individual mientras la demandante estuvo afiliada a esa administradora por gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos; ordenó a COLPENSIONES afiliarse nuevamente a la accionante al RPM y recibir las sumas provenientes de los fondos privados; declaró no probadas las excepciones propuestas e; impuso costas a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A.⁵

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, por ello, le correspondía demostrar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima, lo cual no ocurrió, entonces, la accionante no acreditó el supuesto engaño sufrido, tampoco la falta al deber de información, adicionalmente, en los formularios de afiliación se encuentra la manifestación expresa que su traslado fue libre de apremios, por tanto, las vinculaciones se realizaron con el lleno de los requisitos legales, sin que haya realizado notas de protesto o

⁵ Archivo 21 y Documento 22.



anotaciones que permitan inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad con el traslado, igualmente, se debe tener en cuenta que para el momento de la afiliación era imposible predecir su IBC y una mesada pensional; asimismo, el supuesto error no tiene la fuerza legal para repercutir en la eficacia del acto jurídico celebrado entre la actora e ING Pensiones y Cesantías S.A., en este orden, la demandante debe asumir las consecuencias legales de su decisión que no son otras que regirse por el RAIS, siendo improcedente alegar engaño por el mero hecho de encontrar fallidas sus expectativas⁶.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María Clara Niño Gómez estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 07 de julio a 29 de octubre de 1986, aportando 16.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 13 de junio de 1995 solicitó su traslado al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., con efectos desde 01 de julio siguiente; el 01 de enero de 1996 se vinculó a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.; el 06 de abril de 1999 se afilió a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; el 01 de abril de 2000 se cambió a ING Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; el 28 de septiembre de 2005 se vinculó a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.; el 30 de agosto de 2006 regresó a ING Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y; el 30 de julio de 2007 se afilió a PORVENIR S.A.; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones⁷ y, el certificado de afiliación⁸, emitidos por COLPENSIONES, los formularios

⁶ Archivo 21 y Documento 22.

⁷ Documento 3, páginas 212 a 217.

⁸ Documento 1, página 34.



de afiliación⁹, la historia laboral consolidada¹⁰, la relación histórica de movimientos¹¹ y, el certificado de afiliación¹², expedidos por PORVENIR S.A., el reporte de estado de cuenta¹³ y, la relación de aportes¹⁴, emitidos por PROTECCIÓN S.A., la constancia de traslado de aportes de PROTECCIÓN S.A.¹⁵, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁶ y, el resumen de historia laboral elaborado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁷.

Niño Gómez nació el 31 de octubre de 1961, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁸.

El 06 de junio de 2019, la demandante radicó ante COLPENSIONES formulario de afiliación¹⁹ y, el 26 de julio siguiente²⁰, solicitó a ésta entidad recibirla como afiliada al RPM y, tener acreditadas sus semanas cotizadas al RAIS²¹; mediante Oficio de 06 de junio de 2019, COLPENSIONES expuso que enviaría la solicitud de traslado a ASOFONDOS para analizar si dichos pedimentos se podían tramitar bajo la Sentencia SU 062 – 2010²²; a través de comunicación de 29 de julio de 2019, COLPENSIONES rechazó los pedimentos, porque, el traslado fue realizado de manera directa y voluntaria por la accionante en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen, además la

⁹ Documento 7, páginas 6 a 7; Documento 1, página 39; documento 13, página 65; documento 6, página 40; documento 13, página 66; documento 6, página 41; documento 13, página 68.

¹⁰ Documento 1, páginas 40 a 46.

¹¹ Documento 13, páginas 44 a 57.

¹² Documento 13, página 58.

¹³ Documento 6, páginas 43 a 49.

¹⁴ Documento 7, páginas 9 a 13.

¹⁵ Documento 6, página 42.

¹⁶ Documento 13, páginas 30 a 32.

¹⁷ Documento 13, páginas 33 a 34.

¹⁸ Documento 1, página 33.

¹⁹ Documento 1, página 35.

²⁰ Documento 1, páginas 69 a 74.

²¹ Documento 1, páginas 69 a 74.

²² Documento 3, páginas 86 a 87.



Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia no es retroactiva²³, asimismo, con oficio de 30 de julio de 2019, la Administradora del RPM agregó que era improcedente la solicitud de regreso al régimen público, pues, la demandante no contaba con 15 años o más de servicio o aportes a 01 de abril de 1994²⁴.

El 26 de julio de 2019, la convocante petitionó a PROTECCIÓN S.A.²⁵ y a PORVENIR S.A.²⁶ su regreso a la Administradora del RPM con los ahorros y rendimientos de su cuenta de ahorro individual, por cuanto no se le informó acerca de los beneficios que dejaría de recibir al cambiar de régimen pensional; pedimentos negados con comunicación de 28 de agosto de 2019, por PROTECCIÓN S.A., bajo el argumento que la accionante se encontraba en la prohibición legal de traslado, la asesoría se brindó a través de comunicados, extractos e historia laboral de manera verbal, a su vez, sólo hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 cambió el deber legal de las AFP para poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitieran conocer las consecuencias de su traslado, en este orden, la afiliación se presumía legal y sólo podía desvirtuarse cuando la autoridad competente lo determinara²⁷ y; con oficio sin fecha PORVENIR S.A., arguyó que la afiliación al RAIS de la demandante se efectuó por intermedio de PROTECCIÓN S.A., asimismo, le proyectó una pensión de vejez con una mesada de \$1'081.500.00 a sus 60 años de edad, indicándole que había sido informada y asesorada como se constata con la firma del formulario de afiliación, precisando que el asesoramiento fue verbal²⁸; asimismo, con comunicación de 14 de

²³ Documento 1, páginas 77 a 79.

²⁴ Documento 3, páginas 53 a 54.

²⁵ Documento 1, páginas 47 a 52.

²⁶ Documento 1, páginas 55 a 60.

²⁷ Documento 7, páginas 1 a 7.

²⁸ Documento 1, páginas 63 a 68.



septiembre de 2019, PORVENIR S.A. manifestó a la actora que rechazaba su solicitud de traslado a COLPENSIONES al no reunir los requisitos de la Sentencia SU 062 – 2010²⁹.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de las AFP convocadas a juicio³⁰; (ii) liquidación pensional aportada por la demandante que arrojó una mesada de \$4.698.780.08 en el RPM³¹; (iii)

²⁹ Documento 1, página 80.

³⁰ Documento 1, páginas 25 a 30.

³¹ Documento 1, páginas 36 a 38.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 027 2019 00671 01
Ord. María Niño A. COLPENSIONES y otros

expediente administrativo³²; (iv) comunicados de prensa³³; (v) conceptos de 29 de diciembre de 2015³⁴ y de 15 de enero de 2020³⁵ emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia y; (vi) documento titulado *"Políticas Asesorar para vincular personas naturales"*³⁶.

También se recibió el interrogatorio de parte de María Clara Niño Gómez³⁷.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 13 de junio de 1995³⁸, se lee:

"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS

³² Documento 3, páginas 75 a 225.

³³ Documento 6, páginas 52 a 54.

³⁴ Documento 6, páginas 55 a 56.

³⁵ Documento 13, páginas 73 a 79.

³⁶ Documento 6, páginas 57 a 61.

³⁷ Archivo 21, min. 13:05. Dijo ser abogada especialista en derecho público y trabajar en temas de contratación estatal y procesos licitatorios. Narró que se afilió al ISS en 1986, laboró para distintas entidades hasta 1990, dejó de aportar cuando nació su hijo. En 1995 se trasladó al RAIS, era secretaria de Gobierno en el municipio de Tame. Indicó que no ha solicitado su pensión de vejez. Al momento del traslado, no le hablaron de las ventajas y desventajas de su decisión. Sólo le dijeron que estuviera atenta porque su dinero podría perderse, que no tendría a quién reclamarle, que ya era una realidad la Ley 100 de 1993. Cuando laboraba en la Alcaldía de Arauca, una funcionaria de HORIZONTE S.A. le manifestó que debía pasarse al fondo privado porque el ISS se iba a acabar, que después no tendría a quién reclamarle y, que era el momento preciso para que su dinero no se perdiera. Fue una reunión individual, los asesores pasaron a las oficinas de los funcionarios. Previamente les habían avisado que vendría el personal de la AFP para brindarles indicación, insistió que la única información suministrada era que el ISS se terminaría. La persona de la AFP diligenció el formulario y le preguntó datos como su nombre. No recibió información sobre qué ocurriría con su dinero, ni cómo se iba a pensionar. Tuvo claro que no iba a haber ninguna diferencia en su pensión. A través del tiempo supo que una entidad bancaria estaría a cargo de su pensión y no el Estado. No le hablaron de rendimientos financieros. La afiliación a HORIZONTE S.A. en 1996 se dio porque la oficina de talento humano de la entidad autorizó a ese fondo para que hiciera visitas en las oficinas. Posteriormente, en 1999 se cambió a COLMENA S.A. debido a las visitas que realizaron los asesores de este fondo. Le habían dicho que estuviera pendiente de los formularios que iba a pasar la AFP para que le colaborara con la afiliación. Se pasó luego a SANTANDER S.A. por otra visita de esta AFP. La razón de este cambio se explica por los cargos que ha ocupado y porque le solicitaban que escuchara a los asesores y les colaborara con la información que pidieran. Asimismo, manifestó que cuando regresó a HORIZONTE S.A. en 2005 se iba a posesionar en un cargo en el Instituto Municipal de Cultura y Turismo de Bucaramanga. En ese momento le indicó un funcionario de la AFP que debía llenar un formulario para su posesión. Tampoco recibió información por parte de este asesor. Posteriormente, se afilió a PORVENIR S.A. en 2007 debido a las circunstancias de su cargo de libre nombramiento y remoción. Un funcionario de la AFP le pidió sus datos y, le dijo que se pensionaría sin ningún problema y, que sus ahorros estarían protegidos. Recibe extractos. No se acercó al ISS a corroborar lo que le decían los fondos privados, ya que daba por hecho la información que le brindaban, la cual le pareció suficiente. Preciso que está actualmente vinculada a PORVENIR S.A. Su inconformidad con las AFP radica en que desea que sus ahorros estén garantizados por el Estado, no entidades bancarias. Realizó una reclamación ante COLPENSIONES, quien no aceptó su regreso al RPM porque tenía que ser 10 años antes de la edad de pensión.

³⁸ Documento 7, páginas 6 a 7.



APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS."

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁹; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*⁴⁰.

Es que, recaía en PROTECCIÓN S.A., la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el

³⁹ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

⁴⁰ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

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

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



que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible⁴¹.

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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y, si bien la accionante se cambió a otras administradoras con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de María Clara Niño Gómez en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión

⁴¹ CSJ, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM⁴², en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima en los periodos respectivos de vinculación de la demandante, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna. En este tema se adicionará la decisión del *a quo*, atendiendo la consulta a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de garantía de la pensión

⁴² CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión⁴³, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

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

⁴³ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago⁴⁴.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento

⁴⁴ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables⁴⁵, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*⁴⁶.

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Sin costas en la alzada.

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

⁴⁵ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

⁴⁶ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de María Clara Niño Gómez como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo sus propios recursos, durante el periodo en que la demandante hubiese permanecido en esta AFP, con arreglo a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por los periodos en que estuvo afiliada a ese fondo privado, por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.



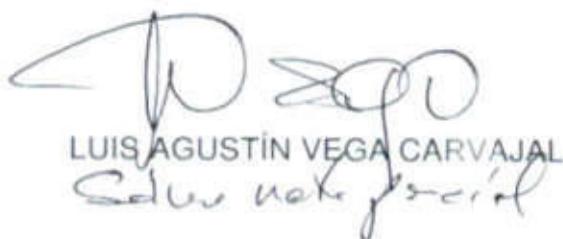
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

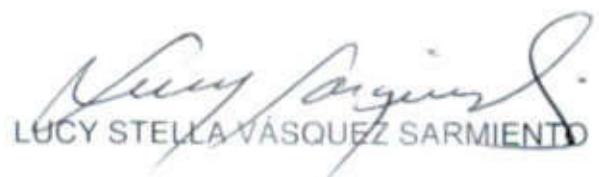
EYPD. No. 027 2019 00671 01
Onf. María Nino Vs. COLPENSIONES y otros

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo honorarios


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ROBERTO ANTONIO MONSALVO DIAGO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 25 de abril de 2023, proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la ineficacia del traslado al RAIS, en consecuencia, siempre ha permanecido afiliado en el RPM; se ordene la devolución de los aportes realizados en el régimen privado; *ultra y extra petita* y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 16 de septiembre de 1963; cotizó al Seguro Social de 24 de septiembre de 1986 a 31 de diciembre de 1994; en marzo de 1995 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., decisión que no fue informada, ni autónoma o consciente, pues, la AFP no le indicó de manera completa, integral y veraz las consecuencias del cambio de régimen; el 16 de agosto de 2020 petitionó a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación al RAIS, negada bajo el argumento de que la firma del formulario manifestaba de manera voluntaria la decisión de vinculación; en 2022 solicitó a PORVENIR S.A. la ineficacia del traslado y la devolución de los aportes, copia de su formulario de afiliación, soportes de la asesoría brindada al momento de la vinculación y, proyección de su mesada pensional; el 14 de septiembre de ese año, el fondo privado sólo le entregó copia del formulario; ha aportado 1773 semanas cotizadas al sistema general de pensiones¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Documento 1, páginas 4 a 16.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al RAIS y, la solicitud de 2022. 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 de la AFP².

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en cuanto a los hechos aceptó la calenda de nacimiento del actor, la afiliación al RPM, el traslado al RAIS y, la solicitud de 16 de agosto de 2022 con respuesta negativa. En su defensa propuso 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, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 17 de marzo de 1995 por Roberto

² Documento 6, páginas 3 a 31.

³ Documento 8, páginas 3 a 33.



Antonio Monsalvo Diago, a través de PORVENIR S.A., con efectividad de 01 de abril de esa anualidad, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM; ordenó a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la vinculación del actor, esto es, aportes pensionales o cotizaciones y bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados, así como los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, gastos de administración, comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde la afiliación a ese fondo hasta cuando se efectúe su pago, los que debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, para lo cual concedió el término de un (1) mes contado desde la ejecutoria de la providencia, al momento de cumplir esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique; ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y, actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva e; impuso costas a las convocadas a juicio⁴.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁵.

⁴ Documento 14.

⁵ Documento 14.



PORVENIR S.A. en suya arguyó, que cumplió su deber de información para 1995, pues, aportó el formulario de afiliación, documento que cumplía los requisitos exigidos por la Superintendencia Bancaria, entonces, la forma preimpresa se encontraba autorizada por la ley, por ende, es un medio probatorio que demuestra el consentimiento informado al momento de la vinculación al RAIS, además, para esa época no estaba a cargo de las AFP el deber de buen consejo o de doble asesoría, tampoco era necesario elaborar comparativos de las desventajas entre el RPM y el RAIS, cuando la misma ley la consagra sus características, resultando claro que no se puede descargar el deber de información sobre PORVENIR S.A., debido a que esa obligación también recaía sobre el afiliado, el demandante es una persona completamente capaz para ser titular de derechos y contraer obligaciones, siendo consciente que efectuaba un traslado de régimen pensiona; ahora, el fondo privado lo invitó a una asesoría antes de sus 52 años y, aunque el demandante manifestó no haber leído esa invitación, ello no es óbice para declarar que PORVENIR S.A. sí cumplió los mandatos legales, tampoco se debe perder de vista que el accionante desechó las múltiples oportunidades que el ordenamiento jurídico le otorgó para regresar al RPM, con ello confirmó su fidelidad al RAIS. Subsidiariamente, se deben tener en cuenta las restituciones mutuas, pues, la AFP habría actuado como agente oficioso involuntario en los términos de los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en consecuencia, debería estar únicamente obligada a reintegrar a COLPENSIONES los rendimientos que los aportes hubiesen generado en el RPM. En cuanto a los gastos de administración y sumas previsionales, estos rubros no se destinan a financiar la pensión de los afiliados en ninguno de los regímenes y dichos descuentos tienen un amparo legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, aunado al hecho que su destinación ya fue cumplida, como fue amparar los riesgos de invalidez y sobrevivencia y generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual. Respecto de la indexación, este resarcimiento resulta



improcedente, ya que, no fue solicitado en el *libelo incoatorio*, adicionalmente, cualquier depreciación del poder adquisitivo de los aportes se compensa con el reintegro de los rendimientos financieros.

COLPENSIONES en resumen expuso, que no se demostró el supuesto engaño sufrido por el demandante, tampoco la falta de información al momento de su vinculación al RAIS, en tanto, si se analiza el formulario de afiliación fue suscrito bajo la gravedad de juramento y contiene la manifestación expresa que el actor lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad, sin que en dicha oportunidad manifestara retracto alguno o dejara una anotación de inconformidad, por ende, no hubo vicio del consentimiento, entonces, el accionante debe asumir las consecuencias legales de su decisión que no son otras que regirse por las normas del RAIS; adicionalmente, Monsalvo Diago se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPM, además tenía la carga de probar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por el cambio de régimen, así como desvirtuar la buena fe del fondo privado; tampoco es procedente alegar después de tanto tiempo, que fue engañado por el hecho de observar fallidas sus expectativas pensionales, al accionante le correspondía probar sus afirmaciones, lo cual no ocurrió.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Roberto Antonio Monsalvo Diago estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social – ISS de 24 de septiembre de 1986 a 31 de marzo de 1995; el 17 de marzo de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de abril siguiente; situaciones



fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶, el formulario de afiliación⁷, la historia laboral consolidada⁸, el certificado de vinculación⁹ y, la relación histórica de movimientos¹⁰, expedidos por PORVENIR S.A., el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹¹, la historia válida para bono¹² y, el resumen de historia laboral¹³, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Monsalvo Diago nació el 16 de septiembre de 1963, como da cuenta el reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES¹⁴.

Los días 16 y 19 de agosto de 2022, el demandante solicitó a COLPENSIONES¹⁵ y a PORVENIR S.A.¹⁶, respectivamente, la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, en consecuencia, se declarara que siempre había permanecido en el RPM y, se ordenara devolver los aportes realizados en el régimen privado, también requirió copia de su formulario de vinculación, de la información que le sirvió de base para trasladarse de régimen y, la proyección pensional; pedimentos negados mediante oficio de 26 de agosto siguiente, por la Administradora del RPM, porque, debía contactarse con la AFP para que esta le proporcionara la información y documentación solicitada, respecto a la nulidad o ineficacia de la afirmación indicó que su vinculación era válida, ya que, firmó el

⁶ Documento 8, páginas 34 a 39.

⁷ Documento 1, página 38.

⁸ Documento 1, páginas 39 a 45.

⁹ Documento 6, página 34.

¹⁰ Documento 6, páginas 43 a 73.

¹¹ Documento 6, páginas 79 a 82.

¹² Documento 6, páginas 83 a 86.

¹³ Documento 6, páginas 87 a 88.

¹⁴ Documento 8, páginas 34 a 39.

¹⁵ Documento 1, páginas 49 a 62.

¹⁶ Documento 1, páginas 19 a 34.



formulario de afiliación de manera libre y voluntaria¹⁷; a su vez, con respuesta de 14 de septiembre de 2022, PORVENIR S.A. le informó que la asesoría había sido verbal, que no había lugar a declarar que siempre había permanecido afiliado a COLPENSIONES y, su pensión en el RAIS equivaldría a \$3'858.200.00¹⁸.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP

¹⁷ Documento 1, páginas 63 a 65.

¹⁸ Documento 1, páginas 35 a 37.



convocada a juicio¹⁹; (ii) simulación pensional realizada el 27 de julio de 2022 por PORVENIR S.A., según la cual su mesada del demandante en el RAIS ascendería a \$3'650.600.00 sin volver a cotizar o, de \$3'949.400.00 cotizando todo el año²⁰; (iii) comunicado de 22 de octubre de 2014 emitido por la AFP, en que advirtió al demandante que podía cambiar de régimen antes de cumplir 52 años y, lo invitó a una asesoría pensional²¹; (iv) concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia²²; (v) comunicados de prensa²³ y; (vi) expediente administrativo²⁴.

También se recibió el interrogatorio de parte de Roberto Antonio Monsalvo Diago²⁵.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 17 de marzo de 1995²⁶, se lee:

"HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN

¹⁹ Documento 1, páginas 66 a 90.

²⁰ Documento 1, páginas 46 a 48.

²¹ Documento 6, página 33.

²² Documento 6, páginas 89 a 95.

²³ Documento 6, páginas 96 a 98.

²⁴ Documento 9.

²⁵ Documento 14, min. 09:46. Dijo ser ingeniero civil y contar con estudios de posgrado. No ha solicitado pensión de vejez. Narró que en marzo de 1995 fue un grupo de personas de PORVENIR S.A. a su oficina para invitarlos a cambiar de régimen pensional, porque el régimen privado brindaba una mejor pensión, rendimientos y, la posibilidad de pensionarse a una edad más temprana, además de que el ISS iba a quebrar y podrían quedarse sin una prestación económica. Le indicaron que, por sus aportes al ISS, se generaría un bono pensional. No sabe por qué relacionó los nombres de sus padres en el formulario de afiliación, pero tiene que ver con heredar la pensión. Conoce que los aportes irían a una cuenta individual, a la manera de un ahorro que podía disfrutar en el momento que se pensionara; esta información la obtuvo a lo largo del tiempo. Sin embargo, para el momento de la afiliación, no sabía cuáles eran los requisitos para pensionarse en el ISS; le comentaron que podía jubilarse en cualquier momento, mientras que en el ISS debía esperar a una determinada edad; no recuerda que le explicaran cómo podría acceder a una pensión anticipada. Diligenció y leyó el formulario. Los asesores de la AFP no le expusieron desventajas del traslado. Aceptó que su correo fuera robertoantonio63@gmail.com para el 22 de octubre de 2014. No recuerda haber recibido una invitación a una reasesoría antes de sus 52 años. Recibe extractos. Intentó una vez realizar aportes voluntarios, de lo cual se enteró por sus compañeros de trabajo, con el propósito de reducir los impuestos. Como no le explicaron el procedimiento para hacerlo, no lo intentó de nuevo. No ha hecho reclamaciones a COLPENSIONES. Fue a PORVENIR S.A., le realizaron una proyección pensional y le mostraron la diferencia de mesadas entre el RAIS y el RPM.

²⁶ Documento 6, página 78.



DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.”

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁷; resaltando además, que “...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...**”²⁸.

Es que, recaía en PORVENIR S.A., la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer al afiliado información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la

²⁷ CSI, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁸ CSI, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, él optó por el cambio de régimen.

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

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



exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁹.

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

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

²⁹ CSJ, sentencias STJ - 8703 de 14 de octubre de 2020, STJ - 8992 y STJ - 9110 de 21 de octubre de 2020



nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

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

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de la garantía mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³¹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97

³⁰ CSI, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.

³¹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, PORVENIR S.A., tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³².

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y

³² CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado Nº 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia Nº 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se confirmará la decisión de primer grado.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³³, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

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

³³ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



*igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*³⁴.

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁵.

En el examine, aunque respecto de COLPENSIONES se declaró tener como válidamente vinculado al demandante en el RPM para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS del accionante, la Administradora del RPM no actuó en este acto jurídico, por ende, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor, se le absolverá de las costas impuestas.

Sin costas en la alzada.

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

³⁴ CSI, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³⁵ CSI, Sala Laboral, sentencia 513199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

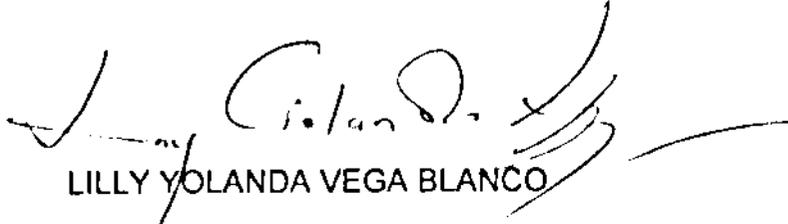
CAJPD No. 021 2022 00417 01
Ord. Roberto Monsalvo Vs. COLPENSIONES y otro

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

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

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 20 de enero de 2023, proferido por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, se deben retrotraer las cosas a su estado anterior, por lo cual, COLPENSIONES debe incluirlo como afiliado y recibir los valores sufragados mientras estuvo afiliado en el régimen privado; se ordene a la AFP entregar a la Administradora del RPM la totalidad de los dineros recibidos en virtud de su vinculación como cotizaciones, bonos pensionales, aportes por cualquier concepto, con todos los rendimientos que se hubieren causado; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que se afilió al Instituto de Seguro Social; el 02 de junio de 1997 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; no recibió asesoría o información transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta por la AFP respecto de las diferencias entre los regímenes pensionales, las prestaciones económicas, ventajas y desventajas del RAIS, implicaciones de su decisión sobre su derecho pensional, cuánto debía acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir su pensión a una determinada edad con la cual pudiera mantener su mínimo vital, la posibilidad de negociar el bono pensional para anticipar su pensión, el derecho de retracto, la tasa de reemplazo o, las condiciones pensionales para pensionarse antes de tiempo; tampoco le advirtieron que una parte de sus aportes se destinaría al pago de primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, la contratación de renta vitalicia, el fondo de solidaridad y costos de administración, ni que su pensión en el RAIS se liquidaría con base en la expectativa de vida suya y de sus beneficiarios; no lo asesoraron teniendo en cuenta su historia laboral,



edad o tiempo de cotización, ni le elaboraron proyecciones pensionales en régimen alguno; el 15 de octubre de 2019 solicitó a COLPENSIONES el retorno al RPM, petición negada con comunicación de 16 de octubre siguiente; no está pensionado¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en relación con los supuestos fácticos dijo no ser ciertos o no constarle. 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 de la AFP².

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la afiliación del demandante al ISS, el traslado al RAIS y, la solicitud de 15 de octubre de 2019 con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que

¹ Documento 8, páginas 2 a 20.

² Documento 13, páginas 1 a 28.



adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación de Alfonso Buitrago López al RAIS a través de PORVENIR S.A., efectiva a partir de 01 de agosto de 1997, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el demandante nunca se vinculó al régimen privado, siempre estuvo en el RPM; ordenó a la AFP transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, es decir, debe trasladar la totalidad del capital ahorrado con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, dada la ineficacia y en virtud de las restituciones mutuas del artículo 1746 *ibidem*; ordenó a PORVENIR S.A. devolver a la Administradora del RPM lo que hubiere deducido de los aportes por gastos de administración, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES recibir como afiliado al accionante, actualizar y, corregir su historia laboral una vez la AFP remita los dineros señalados; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva; absolvió a las

³ Documento 15, páginas 2 a 23.



demandadas de las demás pretensiones y; se abstuvo de imponer costas⁴.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁵.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que el traslado del accionante al RAIS fue libre, voluntario y consciente, como se expresa en el formulario de afiliación suscrito cuya forma preimpresa se encontraba autorizada por la ley, entonces, dicho documento es prueba de la libertad de afiliación, pues, la AFP cumplió a cabalidad las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes para 1997, año en que PORVENIR S.A. entregó elementos de juicio objetivos que permitieron al demandante de manera libre y voluntaria suscribir el formulario; en este asunto, la inconformidad del asegurado con el RAIS se deriva del valor de la mesada pensional, factor que no es suficiente para viciar su voluntad. Ahora bien, en el evento de confirmarse la ineficacia del traslado y ordenar restituciones mutuas, el fondo privado habría actuado como un agente oficioso involuntario en los términos de los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, entregando rendimientos superiores a los que se hubiesen podido obtener con los aportes del accionante en el RPM, de manera que la AFP tiene derecho al reembolso de la utilidad efectiva obtenida y, solamente

⁴ Archivo 29 y Documento 30.

⁵ Archivo 29 y Documento 30.



debería estar obligada a entregar a COLPENSIONES aquellos rendimientos que se pudieron obtener en el régimen público. En lo relacionado con los gastos de administración y seguros previsionales, se debe tener en cuenta que se descontaron en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tienen una destinación específica que ya se cumplió, esto es, la administración de los aportes del demandante y el pago de los seguros. Es improcedente la indexación de estas sumas, ya que, se están trasladando los rendimientos financieros que satisfacen con creces cualquier devaluación del poder adquisitivo de las cotizaciones y, permiten cubrir un eventual reconocimiento pensional.

COLPENSIONES en resumen expuso, que el demandante suscribió el formulario cuya aceptación fue consecuencia de haber recibido la información necesaria sobre los beneficios, las ventajas y consecuencias de su decisión, situación que se corrobora con su firma que en ningún momento fue tachada de falsa, además, el deber de información se intensificó con la Ley 1328 de 2009, por lo que, no es procedente requerir las mismas formalidades en la asesoría del convocante que fue anterior al alcance legal y jurisprudencial posterior; no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones no previstas al momento de la afiliación, tampoco se debe desconocer la falta de diligencia por el accionante, en este orden, se invertiría la carga de la prueba, por lo que, Buitrago López debió demostrar la presunta omisión de información; tampoco se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, debido a que la Administradora del RPM es un tercero ajeno al acto celebrado entre el actor y PORVENIR S.A., entonces, no debe ser condenada a recibirlo en el RPM, pues, se afectaría gravemente el equilibrio financiero del sistema general de pensiones establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01



de 2005, porque, a la AFP que faltó a su deber de información no le acarreará consecuencias, pero, a COLPENSIONES sí, por cuanto existe una alta posibilidad de reconocimiento pensional. De otra parte, el demandante se encuentra en una prohibición legal de traslado en razón a su edad, no es beneficiario del régimen de transición para poder trasladarse en cualquier tiempo. Por último, si se determina que no existe otra alternativa que ordenar su retorno al RPM, el fondo privado debe pagar los perjuicios económicos que ello genera, en virtud de la teoría del daño, según la cual, quien causa un daño debe repararlo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Alfonso Buitrago López estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social – ISS de 20 de junio de 1979 a 01 de febrero de 1988, aportando 224.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 02 de junio de 1997 solicitó su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., con efectos desde 01 de agosto de ese año; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶, el formulario de afiliación⁷, la historia laboral consolidada⁸, las relaciones histórica de aportes⁹ y movimientos¹⁰, así como el certificado de afiliación¹¹, expedidos por PORVENIR S.A., el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹² y, el resumen de historia laboral¹³ elaborado por la

⁶ Documento 19, páginas 101 a 104

⁷ Documento 4, página 8.

⁸ Documento 4, páginas 13 a 17.

⁹ Documento 14, páginas 8 a 25.

¹⁰ Documento 14, páginas 26 a 39.

¹¹ Documento 14, página 47.

¹² Documento 14, páginas 1 a 3.

¹³ Documento 14, páginas 44 a 45.



Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Buitrago López nació el 04 de diciembre de 1960, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁴.

El 15 de octubre de 2019, el demandante solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado al RAIS, porque, no recibió información veraz, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, frente a su situación concreta, en consecuencia, se debe tener como afiliado al RPM¹⁵; pedimentos negados con oficio de 16 de octubre siguiente, bajo el argumento que la afiliación fue realizada de manera directa y voluntaria en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen y, que la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia no era retroactiva¹⁶.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

¹⁴ Documento 4, páginas 10 a 11.

¹⁵ Documento 4, páginas 1 a 3.

¹⁶ Documento 4, páginas 5 a 7.



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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio¹⁷; (ii) solicitud dirigida a PORVENIR S.A., con constancia ilegible de recibido, en que el actor peticiónó le expidieran copia de su expediente administrativo y le elaborara una simulación pensional¹⁸; (iii) respuesta sin fecha, mediante la cual la AFP indicó al accionante que su pensión en el RAIS a sus 62 años de edad sería de \$1'394.200.00 sin volver a cotizar o, de \$1'551.800.00 cotizando 12 meses al año¹⁹; (iv) comunicados de prensa²⁰ y; (v) concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia²¹.

También se recibió el interrogatorio de parte de Alfonso Buitrago López²².

¹⁷ Documento 4, páginas 18 a 28.

¹⁸ Documento 4, página 11.

¹⁹ Documento 14, páginas 5 a 6.

²⁰ Documento 14, páginas 48 a 50.

²¹ Documento 14, páginas 51 a 57.

²² Archivo 29, min. 21-30. Dijo ser ingeniero industrial y tener su propia empresa de autopartes. No ha solicitado su pensión de vejez. Narró que estaba afiliado al ISS. En 1993 creó su compañía. Durante cinco años no tenía el capital suficiente para hacer aportes. En 1997 el gerente del BANCO DE BOGOTÁ le sugirió que se afiliara a PORVENIR S.A., pues, era indispensable seguir cotizando y, le dijo sus aportes estarían seguros en esta administradora. Posteriormente, esta persona hizo que una promotora de la AFP le dejara el formulario, debido a que estaba de viaje. Ella preguntó por él y, como no se encontraba, dejó el documento. Al regresar, lo firmó y entregó. Lo leyó superficialmente. Nunca tuvo contacto con la asesora. Su esposa diligenció el formulario y él lo firmó de manera libre y voluntaria. La funcionaria del fondo privado tampoco le dio ninguna información a su familiar. Se relacionaron a sus hijos en el documento porque en había una casilla que pedía nombres de beneficiarios. No le advirtieron si le reportaba mayor beneficio continuar en el ISS o trasladarse a la AFP. Antes de firmar no conocía los requisitos para pensionarse en el RPM. No ha efectuado aportes voluntarios. Ha escuchado acerca del bono pensional, pero no sabe en qué consiste. Cuando se afilió al RAIS, se decía que el ISS no estaba en las mejores condiciones económicas. Recibe extractos. Manifestó que se acercó a PORVENIR S.A. y se sorprendió de que su pensión fuera de \$1'300.000.00. Con ese monto no podría vivir, por lo cual la mejor opción es devolverse a COLPENSIONES. No se acercó a esta administradora para solicitar



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 024 2020 00088 01
Ord. Alfonso Buitrago Vs. COLPENSIONES y otro

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 02 de junio de 1997²³, se lee:

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

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁴; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de*

información sobre las ventajas del RPM. Estima que tiene ahorrado cerca de 300 millones en su cuenta de ahorro individual. No ha recibido devolución de saldos.

²³ Documento 4, página 8.

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



*decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...*²⁵.

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

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

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



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

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

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



De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, PORVENIR S.A., debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Alfonso Buitrago López en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁷, en ese sentido se adicionará el fallo de primer grado, atendiendo la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los valores remitidos por la AFP, reactivar la afiliación del demandante y, actualizar su historia laboral, en este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan

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



menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión²⁸, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

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

INDEXACIÓN

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



La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago²⁹.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁰, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en

²⁹ CSI, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado Nº 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia Nº 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones Sl. 359, Sl.3871, Sl.4985, Sl.3537, Sl.4174 y Sl.3719 de 2011.

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



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

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

Finalmente, en lo atinente a la solicitud de COLPENSIONES relacionada con el pago de perjuicios económicos generados por la declaración de ineficacia, cabe señalar, que en el asunto el tema no fue objeto del litigio, además, la Administradora del RPM puede adelantar, si así lo considera, las acciones judiciales que estime pertinentes frente a la eventual causación de perjuicios que le ocasione la ineficacia del acto jurídico de traslado del accionante. Sin costas en la alzada.

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

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

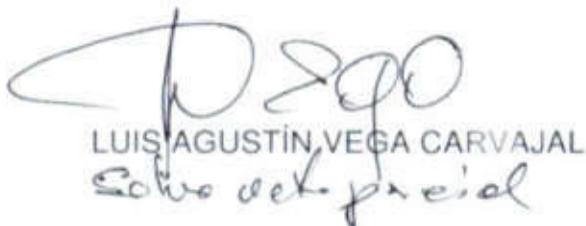
**RESUELVE**

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada, para **ORDENAR** a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Alfonso Buitrago López, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, ello significa que debe trasladar la totalidad del capital ahorrado, bonos pensionales, rendimientos financieros; así como los descuentos efectuados por concepto de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, gastos de administración y, sumas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, valores debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, con arreglo a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme a lo expuesto en precedencia. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Sobro del preal


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE BEATRIZ LUCÍA NIÑO ALBA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto



de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 06 de diciembre de 2022, proferido por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS efectuada a través de HORIZONTE S.A., así como sus cambios a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene a ésta última AFP trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con frutos, intereses y rendimientos causados; se ordene a la Administradora del RPM recibirla como afiliada sin solución de continuidad; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 27 de febrero de 1964; el 16 de octubre de 1985 se vinculó al RPM y, cotizó al Fondo de Prestaciones de la Beneficencia de Cundinamarca y al Instituto de Seguro Social hasta 09 de mayo de 1994; en 1997 firmó formulario de afiliación a HORIZONTE S.A., documento que diligenció como vinculación inicial, pese a que era un traslado de régimen pensional, además, tiene tachadura en la fecha, tampoco se le informó de manera clara y por escrito acerca del derecho de retracto, ni le proporcionó asesoría profesional, clara, completa, suficiente y, oportuna que le permitiera comprender los requisitos y condiciones del RAIS, ni los riesgos de su decisión, para hacer una comparación con las características del RPM; el 07 de diciembre de 1999, se cambió a COLFONDOS S.A.; el 10 de agosto de 2011 se afilió a PORVENIR S.A.; las AFP no le explicaron sobre la prohibición legal de traslado cuando



cumpliera 47 años, por medio de una comunicación dirigida a la dirección de su último domicilio, ni a través de la publicación en un diario de amplia circulación nacional; el 13 de agosto de 2020 solicitó a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. anular su afiliación, Administradoras que negaron su petición; el 03 de septiembre siguiente, petitionó a COLPENSIONES afiliarla al RPM sin solución de continuidad, recibir de PORVENIR S.A. el capital acumulado, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos causados e, incorporar dicha información en su historia laboral; el día 04 de los referidos mes y año, la Administradora del RPM rechazó sus peticiones. Su pensión en el RAIS sería de \$877.803.00 mientras en el RPM ascendería a \$1'644.850.00; sin que las AFP accionadas le advirtieran de esa diferencia en su mesada pensional¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, su traslado al RAIS, la vinculación a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., la solicitud de 03 de septiembre de 2020 y, su respuesta negativa. Propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia

¹ Documento 2.



el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, su buena fe y, genérica².

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías se allanó a las pretensiones en su contra, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de 13 de agosto de 2020 y, la respuesta aludida. No propuso excepciones de mérito³.

Mediante auto de 05 de octubre de 2021, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.⁴

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento y, buena fe; declaró ineficaz el traslado al RAIS efectuado por Beatriz Lucía Niño Alba a través de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., en consecuencia, no produjo efectos jurídicos, la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM, en este orden, COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad; ordenó a PORVENIR S.A. transferir a la Administradora del RPM todos los valores que ha recibido con motivo de la vinculación de la accionante como cotizaciones, sumas adicionales de

² Documento 5, páginas 3 a 27.

³ Documento 6, página 7.

⁴ Documento 7.



la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, asimismo debe devolver los gastos de administración que debe asumir de su propio patrimonio, también debe remitir primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores que debe retornar debidamente indexados; condenó a COLFONDOS S.A. a devolver los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberá devolver debidamente indexados, por el tiempo en que la actora estuvo vinculada con esa entidad; ordenó a COLPENSIONES recibir esos valores y, convalidarlos en la historia laboral de la accionante e; impuso costas a las enjuiciadas⁵.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁶.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que no se probaron los eventos del artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o relativa del traslado, pues, el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico y contiene la declaración que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que no fue tachado ni

⁵ Documento 14 y Archivo 15.

⁶ Documento 14 y Archivo 15.



desconocido, por lo que, no se le puede restar valor probatorio, igualmente, se debe tener en cuenta que cuando se celebró el acto de vinculación, PORVENIR S.A. no debía dejar constancia de la libre escogencia, ni registrar en documentos que suministró la información necesaria y objetiva para acceder a la pensión de vejez. Ahora, no se puede condenar a restituir los rendimientos financieros que logró por la gestión de los aportes en el RAIS; tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros, porque, la afiliada estuvo protegida de las contingencias de invalidez y sobrevivencia. En caso de confirmar la devolución de estas sumas, es improcedente la indexación, ya que, esta es la actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación por el transcurso del tiempo, sin embargo, comoquiera que las AFP deben garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados, siendo incongruente ordenar la indexación de esos valores que se remiten con la ineficacia del traslado, porque, los recursos de la demandante no se vieron afectados por la condición inflacionaria de la economía, por el contrario PORVENIR S.A. garantizó rendimientos superiores a los que se pudieron haber generado en el RPM, de manera que al retornar dichos rendimientos ya incluye los frutos e intereses que obtuvo la AFP.

COLPENSIONES en resumen expuso, que es improcedente la condena en costas en su contra, ya que, debido a la naturaleza del proceso es mera codemandada no participó en el negocio jurídico de afiliación al RAIS de la actora, además, ha actuado de buena fe y se vería afectada por la ineficacia del traslado, por cuanto, tendría que recibir a la accionante cuando ya se encuentra en una prohibición legal de traslado.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Beatriz Lucía Niño Alba prestó servicios a la Beneficencia de Cundinamarca de 16 de octubre de 1985 a 30 de agosto de 1992 y, estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS, de 19 de enero a 09 de mayo de 1994, aportando en el RPM 366 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 22 de julio de 1997 se trasladó al RAIS a través de HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de septiembre de ese año; el 07 de diciembre de 1999 se vinculó a COLFONDOS S.A. y; el 10 de agosto de 2011 se afilió a PORVENIR S.A.; situaciones fácticas que se infieren de la certificación electrónica de tiempos laborados expedida por la Beneficencia de Cundinamarca⁷, el reporte de semanas cotizadas en pensiones⁸ y, el certificado de afiliación⁹, emitidos por COLPENSIONES, los formularios de afiliación¹⁰, la historia válida para bono¹¹, elaborada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la historia laboral consolidada¹² expedida por PORVENIR S.A., el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹³ y, la captura de pantalla del aplicativo AS400¹⁴.

Niño Alba nació el 27 de febrero de 1964, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁵.

⁷ Documento 2, páginas 109 a 114.

⁸ Documento 2, páginas 116 a 119.

⁹ Documento 2, página 115.

¹⁰ Documento 2, página 161, documento 2, páginas 132 a 133 y 143.

¹¹ Documento 2, páginas 141 a 142.

¹² Documento 2, páginas 144 a 155.

¹³ Documento 2, páginas 158 a 160.

¹⁴ Documento 6, página 10.

¹⁵ Documento 2, página 108.



El 13 de agosto de 2020, la demandante solicitó a COLFONDOS S.A.¹⁶ y a PORVENIR S.A.¹⁷ anular su afiliación al RAIS y, transferir a COLPENSIONES los valores que hubieran recibido por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos causados; con comunicación de 03 de septiembre de la misma anualidad, COLFONDOS S.A. expuso que no podía acceder a su solicitud, pues, no era la autoridad competente para declarar la ineficacia de la vinculación pensional, que ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al cambiar de AFP y, que se le brindó asesoría de manera directa al mantener contacto con uno de sus funcionarios¹⁸; a su vez, con oficio de 04 de septiembre de 2020, PORVENIR S.A. negó los pedimentos, porque, la demandante ha reiterado su voluntad de vinculación, pues, ha cambiado de fondo privado y, la determinación de afiliación se consignó en el formulario de vinculación, además, la información brindada por el asesor comercial fue verbal, adicionalmente, la facultad de declarar la nulidad se encuentra reservada a los jueces, igualmente, indicó que su pensión en el RAIS sería de \$877.803.00 a los 57 años¹⁹.

El 03 de septiembre de 2020, la convocante petitionó a COLPENSIONES aceptarla como afiliada al RPM sin solución de continuidad, recibir los valores provenientes de PORVENIR S.A. e, incorporar esa información en su historia laboral²⁰; pedimentos negados con oficio del siguiente día 04, bajo el argumento que la afiliación fue realizada de manera directa y voluntaria en ejercicio de su derecho a la

¹⁶ Documento 2, páginas 128 a 129.

¹⁷ Documento 2, páginas 134 a 135.

¹⁸ Documento 2, páginas 130 a 131.

¹⁹ Documento 2, páginas 136 a 140.

²⁰ Documento 2, páginas 123 a 124.



libre elección de régimen, de otra parte, la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia no era retroactiva²¹.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de las AFP convocadas a juicio²²; (ii) liquidación pensional aportada por la demandante, según la cual su mesada en el RPM sería de \$1'644.850.00²³; (iii) solicitud de 29 de octubre de 2020, en que la

²¹ Documento 2, páginas 126 a 128.

²² Documento 2, páginas 20 a 107.

²³ Documento 2, páginas 120 a 122.



demandante requirió a PORVENIR S.A. para que le enviara copia de todos los formularios de afiliación²⁴; (iv) respuesta de 25 de julio de 2019, en que la Superintendencia Financiera de Colombia informó a la accionante las fechas en que fueron aprobados los programas de capacitación establecidos por las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 720 de 1994²⁵ y; (v) expediente administrativo²⁶.

También se recibió el interrogatorio de parte de Beatriz Lucía Niño Alba²⁷.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 22 de julio de 1997²⁸, se lee:

"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS."

²⁴ Documento 2, página 157.

²⁵ Documento 2, páginas 163 a 164.

²⁶ Carpeta 16.

²⁷ Archivo 10, min. 13-28. Dijo tener estudios universitarios en terapia ocupacional; actualmente trabaja en NUEVA EPS. Narró que en 1994 se trasladó a HORIZONTE S.A. Firmó un formulario, pero no de manera libre y voluntaria porque le pasaban la documentación y ella tenía la necesidad del trabajo. No llevó el documento. Tampoco tuvo una indicación clara sobre lo que le favorecía. No se acercó ni al JSS ni al fondo a solicitar información. Se cambió de AFP cuando empezó a trabajar en SALUDCOOP; le entregaron todo el paquete, es decir, el contrato y, el contrato con el fondo de pensiones. En ese momento tampoco la asesoraron ni de parte de la AFP ni la EPS. No se acercó a COLFONDOS S.A. a requerir información. Se enteró que no iba a tener una pensión favorable porque les pasó lo mismo a otros compañeros suyos. Supo que tenía un bono pensional, por lo que averiguó de qué se trataba, de manera que solicitó una asesoría a PORVENIR S.A., aunado a que ésta le había enviado un correo donde le indicaba que debía empezar su proceso de pensión. En total, se ha afiliado a HORIZONTE S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Respecto a la afiliación con este último fondo, manifestó que debía cambiar de administradora por una negociación que hubo en su empresa. Recibe extractos, en los que observa unos valores de pensión y otros del bono. Preciso que nunca tuvo una asesoría, solamente le pasaban los formatos para que los firmara. No le explicaron acerca de los beneficiarios, pero colocó algunos nombres, no le hablaron de las modalidades de pensión y no conoce la que tiene en PORVENIR S.A. Tampoco sabe por qué se presenta una diferencia entre la mesada de esta AFP y COLPENSIONES. No le informaron que su pensión en el RAIS dependería del capital acumulado. Lo único que le dijeron era que tenía un dinero, con el base en el cual le hicieron una proyección de salario mínimo.

²⁸ Documento 2, página 161.



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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁹; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*³⁰.

Es que, recaía en HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A., la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las

²⁹ CSI, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³⁰ CSI, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



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

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

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



públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³¹.

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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y, si bien la accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Beatriz Lucía Niño Alba en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita

³¹ CSI, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³², en ese sentido se precisará el fallo de primer grado.

Y si bien, COLFONDOS S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima durante los periodos en que la demandante permaneció afiliada a estos fondos, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía descuento de suma alguna. En este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de la garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³³, no aplica en el

³² CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.

³³ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

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

INDEXACIÓN



La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁴.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁵, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión,

³⁴ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicación N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL 3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.

³⁵ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³⁶.

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁷.

En el *examine*, aunque respecto de COLPENSIONES se declaró tener como válidamente vinculada a la demandante en el RPM para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la

³⁶ CSI, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³⁷ CSI, Sala Laboral, sentencia 513199 de 14 de julio de 2021.



accionante, la Administradora del RPM no actuó en este acto jurídico, por ende, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo la apelación en este aspecto, se le absolverá de las costas impuestas.

No se causan en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- PRECISAR el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de Beatriz Lucía Niño Alba, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales con sus frutos, rendimientos e intereses; asimismo debe devolver los valores descontados por de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, el porcentaje destinado a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, durante los periodos en que la demandante estuvo vinculada a esta AFP, dineros que deberá devolver debidamente indexados y, asumirlos de su propio patrimonio, con arreglo a la parte motiva de esta sentencia.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

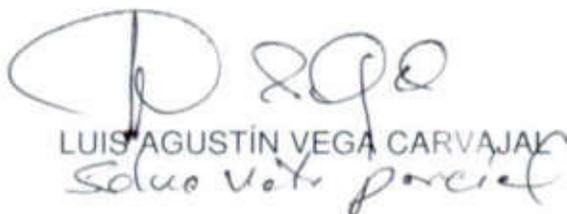
EXPO. No. 017 2021 00044 01
Ord. Beatriz Niño V. COLPENSIONES y otros

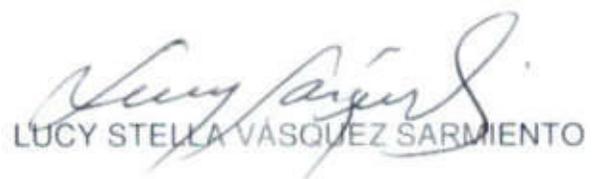
SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARCO ANTONIO NEVA RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente.

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 09 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS efectuada a través de PORVENIR S.A., al existir vicio en su consentimiento por falta de información sobre ventajas y desventajas o riesgos de su decisión, específicamente respecto al valor de su mesada, en consecuencia, se encuentra afiliado al RPM; PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES los aportes realizados al RAIS y lo obtenido por su vinculación como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados; la Administradora del RPM debe aceptarlo como afiliado, recibir los dineros señalados y, contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 10 de agosto de 1995 se afilió al Instituto de Seguro Social - ISS; se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., cuyos asesores le manifestaron que el ISS se iba a acabar, le prometieron que se pensionaría a menor edad, no le informaron que su mesada sería inferior a la que recibiría en el RPM, pues, no elaboraron una proyección pensional que incluyera el valor del bono pensional, tampoco le brindaron información clara, oportuna, concreta y suficiente sobre los regímenes pensionales, las consecuencias del traslado, los servicios que prestan las entidades, ni la tasa de reemplazo para calcular su pensión; el 17 de marzo de 2020 solicitó a las enjuiciadas su regreso al RPM; PORVENIR S.A. emitió respuesta negativa; ha cotizado 216 semanas en el RPM y 1158 semanas en el RAIS¹.

¹ Documento 1, páginas 3 a 17.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en cuanto a los supuestos fácticos aceptó el traslado del demandante al RAIS. Propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la Sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, su buena fe y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos dijo que no eran ciertos o no le constaban. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, buena fe de la AFP, inexistencia de la obligación, compensación y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada el 19 de febrero de 1997 por Marco Antonio Neva Rodríguez a través de COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad el 01 de abril siguiente, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el demandante nunca se trasladó al RAIS, siempre permaneció en el RPM; ordenó a PORVENIR S.A. devolver a

² Documento 12, páginas 2 a 22.

³ Documento 14, páginas 2 a 32.



COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del accionante, esto es, los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y, con cargo a sus propios recursos, por ende, al cumplir esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y, demás información relevante que los justifique; ordenó a la Administradora del RPM reactivar la afiliación del accionante y, corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de PORVENIR S.A.; declaró no probada la excepción de prescripción, relevándose de estudiar los demás medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo e; impuso costas al fondo privado⁴.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. interpusieron sendos recursos de apelación⁵.

COLPENSIONES en resumen expuso, que recibir al demandante en el RPM generaría un impacto económico, pues, no guardó fidelidad al sistema, además, el accionante es una persona consciente con calidades académicas y profesionales que le permitían analizar la información ofrecida por la AFP para afiliarse al RAIS, entonces, no se puede concluir

⁴ Documento 22.

⁵ Documento 22.



que no se le suministró la información necesaria sólo por la presencia de factores como la fluctuación del mercado, la evolución de los salarios y otras variables, por el contrario, la obligación a cargo de la AFP de brindar herramientas financieras o realizar proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nació con el Decreto 2071 de 2015, es decir, en fecha posterior a la afiliación del convocante, además, atendiendo la carga dinámica de la prueba se aplicó sin ninguna ponderación y con desigualdad a las partes involucradas, por cuanto al demandante le correspondía probar el supuesto de hecho que alegó, ya que, no era la parte débil del proceso, razón por la cual tenía la carga de demostrar la efectiva omisión de la asesoría por el fondo privado, tampoco se podía justificar en la ignorancia de la ley.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que no se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o relativa del traslado, pues, el formulario de afiliación es un documento que se presume auténtico, no fue tachado ni desconocido, por lo que, probatoriamente no se le puede restar valor, asimismo, la AFP aportó los documentos que debía mantener en sus archivos cuando se celebró el acto jurídico de afiliación. Ahora, no se puede condenar a PORVENIR S.A. a restituir los rendimientos financieros que logró por la gestión de los aportes en el RAIS. Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros previsionales, porque, el afiliado siempre estuvo protegido de las contingencias. En el caso en que se confirme el fallo de primera instancia, la indexación es incompatible con la devolución de los rendimientos financieros, pues, se estaría condenando dos veces por el mismo rubro, adicionalmente, la Sentencia SL9393 de 2016 precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación por el transcurso del tiempo,



sin embargo, teniendo en cuenta que la AFP debe garantizar una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual, los recursos del demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos que exceden los mínimos establecidos en la ley, en este orden, al ordenar la devolución de dichos rendimientos se incluyen los frutos e intereses que se obtuvieron con el dinero recibido por la AFP y, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Marco Antonio Neva Rodríguez estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social – ISS de 16 de enero de 1991 a 28 de febrero de 1997, aportando 215.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 19 de febrero de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., con efectos desde 01 de abril siguiente; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶, la historia laboral consolidada⁷, la relación histórica de movimientos⁸ y, la relación de aportes⁹, expedidos por PORVENIR S.A., la solicitud de vinculación al ISS¹⁰, el formulario de afiliación a COLPATRIA S.A.¹¹, el certificado de afiliación de la AFP¹², el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹³, la historia válida para

⁶ Documento 1, páginas 23 a 27.

⁷ Documento 1, páginas 28 a 39.

⁸ Documento 14, páginas 98 a 104.

⁹ Documento 14, páginas 105 a 117.

¹⁰ Documento 1, página 20.

¹¹ Documento 1, página 22.

¹² Documento 14, página 81.

¹³ Documento 14, páginas 79 a 80.



bono¹⁴ y, el resumen de historia laboral¹⁵, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Neva Rodríguez nació el 26 de febrero de 1960, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁶.

El 17 de marzo de 2020, el demandante solicitó a COLPENSIONES¹⁷ y a PORVENIR S.A.¹⁸ su traslado al RPM, por cuanto no le fueron explicadas de manera clara y precisa las consecuencias, ventajas y, desventajas de su decisión; con oficio de 03 de abril siguiente, la AFP rechazó la petición, arguyendo que el actor se encontraba en una prohibición legal de traslado y, a 01 de abril de 1994, no contaba con 15 años o más de servicio¹⁹.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

¹⁴ Documento 14, páginas 83 a 84.

¹⁵ Documento 14, páginas 85 a 86.

¹⁶ Documento 1, página 19.

¹⁷ Documento 1, páginas 40 a 41.

¹⁸ Documento 1, páginas 42 a 43.

¹⁹ Documento 14, páginas 118 a 119.



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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio²⁰; (ii) comunicados de prensa²¹ y; (iii) concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia²².

También se recibió el interrogatorio de parte de Marco Antonio Neva Rodríguez²³.

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

²⁰ Documento 14, páginas 65 a 68.

²¹ Documento 14, páginas 120 a 122.

²² Documento 14, páginas 123 a 129.

²³ Documento 22, min. 15:30. Dijo ser gerente de Industrias Fuerte Ltda. El 19 de febrero de 1997 se trasladó a PORVENIR S.A. debido a que unos funcionarios de la AFP le prometieron que iba a salir mejor pensionado, en mejores condiciones a las que tenía en el RPM. La asesoría se dio en la empresa. También le expusieron que se iba a pensionar en menor tiempo, con base en la cantidad de dinero que ahorraría. Confío en la información que le estaban dando. Posteriormente, el asesor diligenció el formulario y el deponente lo firmó. No le hicieron una proyección pensional. Por la época en la cual se afilió al RAIS, iban diferentes asesores de los fondos privados a la compañía, quien les facilitaba el espacio para que dictaran su charla. No recuerda haber firmado un documento donde constara la información que le habían suministrado. No le hablaron del derecho de retracto, de la cantidad de dinero que debía ahorrar para pensionarse, de los aportes voluntarios, ni de las modalidades de pensión. No le precisaron que iba a tener una cuenta de ahorro individual con los aportes que realizara, ni que estos generarían rendimientos financieros, ni qué pasaría en el caso en que falleciera. Sin embargo, manifestó que colocó el nombre de los beneficiarios de su pensión. Le dijeron que debía tener 150 semanas cotizadas en el RS para acceder al bono pensional. Tiempo después supo que podía trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años y antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión. Se enteró que las personas afiliadas a los fondos privados salían mal pensionadas. Un compañero de trabajo ganaba lo mismo que él y tenía un tiempo similar de cotización, pero su mesada era de dos salarios mínimos, que es más o menos la tercera parte de lo que ha devengado en los últimos 10 años. De igual manera, un hermano suyo se vio obligado a demandar porque se sentía frustrado con su pensión. Cuando hizo una simulación en la página de COLPENSIONES, también tuvo la necesidad de buscar personal especializado que defendiera sus intereses, pues, hubo un engaño en su afiliación.

²⁴ Documento 1, página 22.



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

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

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

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

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



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

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

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para



dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁷.

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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Marco Antonio Neva Rodríguez en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a

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



financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁸, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los valores remitidos por la AFP, reactivar la afiliación del demandante y, actualizar su historia laboral, en este tema también se confirmará la decisión del *a quo*.

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

²⁸ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.
²⁹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



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

INDEXACIÓN

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



congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁰.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³¹, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

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

³¹ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³².

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

³² CSI, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 018 2020 00192 01
Ord. Marco Rodríguez Vs. COLPENSIONES y otro

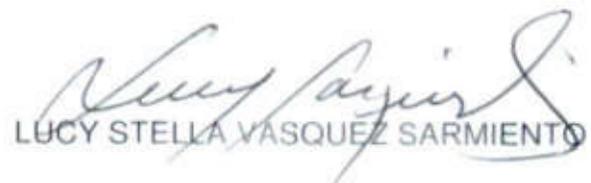
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA TERESA NOCUA FERRÍN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 09 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la anulación e ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada a través de PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se ordene su vinculación al RPM administrado por COLPENSIONES; se transfiera la totalidad de aportes a ésta Administradora y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 30 de septiembre de 1963; cotizó al Instituto de Seguro Social de enero de 1995 a junio de 1998 (sic); en julio de la última anualidad en cita, se trasladó a PROTECCIÓN S.A., AFP que no le brindó información sobre su afiliación, tampoco cumplió el deber de asesoría y buen consejo, ni la doble asesoría, no le indicó la probabilidad de pensionarse en un régimen o en otro, ni elaboró proyecciones pensionales, tampoco le habló de la devolución de saldos, ni le hizo saber sobre los mecanismos de protección a la vejez; los días 27 de enero y 06 de febrero de 2020, solicitó a la AFP y COLPENSIONES, respectivamente, la nulidad de su traslado¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y, la afiliación al ISS. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad,

¹ Documento 1, páginas 4 a 11; documento E, páginas 2 a 3.



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, su buena fe, imposibilidad de condena en costas y, genérica².

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al RAIS y, la solicitud de 27 de enero de 2020. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe de la AFP, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación efectuada el 06 de febrero de 1998 por María Teresa Nocua Ferrín a través de PROTECCIÓN S.A., por incumplimiento del deber de información sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado; ordenó a

² Documento 15, páginas 2 a 13.

³ Documento 19, páginas 3 a 21.



COLPENSIONES recibir a la accionante y restablecer su vinculación al RPM sin solución de continuidad; ordenó a PROTECCIÓN S.A. entregar a la Administradora del RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo del cambio de régimen, como cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos y bonos pensionales, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, así como gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propias utilidades, allegando los documentos que den cuenta de los valores recibidos por cotizaciones, ciclos, IBC, rendimientos, intereses y descuentos, para que COLPENSIONES pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados, para el efecto concedió el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; ordenó a la Administradora del RPM imputar las semanas cotizadas al RAIS en la historia laboral de la demandante y, revisar que las sumas provenientes de PROTECCIÓN S.A. se hayan devuelto de conformidad con lo establecido; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva e; impuso costas a las demandadas⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el traslado al RAIS tiene plena validez, pues, la demandante no acreditó vicios del consentimiento, ni omisión de información vital al efectuar el cambio de régimen, por el contrario, actuó con conocimiento del traslado, entonces, la decisión la tomó de manera libre y voluntaria, siendo

⁴ Archivo 27.



informada por la AFP, quien le suministró elementos veraces y completos acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, en este orden, Nocua Ferrín siempre fue consciente de la afiliación, sabía que se trataba de un traslado de sus aportes, no fue obligada ni presionada; adicionalmente, el artículo 83 de la Constitución Política manifiesta que la buena fe se presume, en consecuencia, de alegarse que el fondo de pensiones realizó maniobras engañosas para afiliarla al RAIS, le correspondía a la actora desvirtuar esa buena fe; en adición a lo anterior, la demandante se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPM en razón a su edad. Finalmente, en cuanto a la condena en costas, el artículo 365 del CGP faculta al juez para imponerlas a la parte vencida en consideración a la conducta asumida, sin embargo, COLPENSIONES siempre ha actuado de buena fe, aplicando las leyes correspondientes a este caso⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María Teresa Nocua Ferrín estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 14 de junio de 1982 a 31 de marzo de 1998, aportando 752.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 06 de febrero de la última anualidad en cita solicitó su traslado al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de abril de 1998; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶; la historia laboral⁷ y, el reporte de estado de cuenta⁸, expedidos por PROTECCIÓN S.A., la captura de pantalla del aplicativo

⁵ Archivo 27.

⁶ Documento 16, páginas 3 a 8.

⁷ Documento 19, páginas 24 a 43.

⁸ Documento 19, páginas 44 a 56.



AS400⁹, el formulario de afiliación¹⁰, el resumen de historia laboral elaborado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹¹ y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹².

Nocua Ferrín nació el 30 de septiembre de 1963, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 27 de enero de 2020, la demandante solicitó a PROTECCIÓN S.A. remitir sus aportes a COLPENSIONES¹⁴, petición negada con comunicación de 10 de febrero siguiente, bajo el argumento que la actora se encontraba en la prohibición legal de traslado en razón a su edad y, no reunía 750 semanas para 01 de abril de 1994, por ello, no se podía trasladar en cualquier tiempo¹⁵.

El 06 de febrero de 2020, la accionante petitionó a COLPENSIONES recibir los aportes sufragados al RAIS, reconocer la pensión de vejez con pago del retroactivo pensional¹⁶.

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

⁹ Documento 19, página 22.

¹⁰ Documento 19, página 23.

¹¹ Documento 19, páginas 57 a 59.

¹² Documento 19, páginas 60 a 61.

¹³ Documento 1, página 31.

¹⁴ Documento 1, páginas 86 a 87.

¹⁵ Documento 19, páginas 62 a 64.

¹⁶ Documento 1, páginas 84 a 85.



INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio¹⁷; (ii) comunicado de 13 de enero de 2021, en que PROTECCIÓN S.A. informó a la demandante que su pensión en el RPM sería de \$2'987.868.00 y en el RAIS equivaldría a \$908.526.00¹⁸; (iii) formato de reasesoría pensional de 11 de agosto de 2010, en que aparece que el motivo de la reasesoría a la accionante fue la invitación de un ejecutivo, que se marcó *“No”* respecto a si económicamente le convenía quedarse en PROTECCIÓN S.A. y, se señaló *“Se traslada al ISS”* frente a la pregunta de cuál era la decisión del afiliado¹⁹; (iv) simulación realizada en el RPM el 11 de agosto de 2010, según la cual la mesada de la actora sería de \$1'226.362.00²⁰; (v) documento titulado *“Políticas Asesorar para vincular personas naturales”*²¹; (vi) concepto de 29 de diciembre

¹⁷ Documento 1, páginas 32 a 83.

¹⁸ Documento 19, páginas 66 a 70.

¹⁹ Documento 19, página 71.

²⁰ Documento 19, página 72.

²¹ Documento 19, páginas 73 a 77.



de 2015 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia²² y; (vii) comunicados de prensa²³.

También se recibió el interrogatorio de parte de María Teresa Nocua Ferrín²⁴.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 06 de febrero de 1998²⁵, se lee:

"HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS."

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PROTECCIÓN S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre

²² Documento 19, páginas 78 a 79.

²³ Documento 19, páginas 80 a 82.

²⁴ Archivo 21, min. 26-31. Dijo ser tecnóloga en mercadeo y ventas. Trabaja como ejecutiva comercial. Narró que inició a trabajar en 1996. Un día la persona encargada de la administración de la empresa donde laboraba le dijo que tendrían una reunión, pues, el ISS se iba a acabar y traerían a una empresa grande para continuar con la afiliación. En la reunión grupal, que duró aproximadamente 20 minutos, estuvo presente un asesor de PROTECCIÓN S.A. Les indicaron que el ISS se iba a terminar y que iban a quedar desprotegidos, razón por la cual debían hacer el traslado. No les informaron que tendrían una cuenta a su nombre, ni que ésta generaría rendimientos, como tampoco le aclararon qué pasaba con las semanas cotizadas. No les dijeron que podía pensionarse anticipadamente, que su mesada dependería del ahorro en su cuenta, que podían hacer aportes voluntarios, ni que había modalidades de pensión. La duración de la reunión se explica porque hubo tantos empleados que diligenciaron sus formularios. No les hablaron de la posibilidad de heredar los aportes en caso de fallecimiento. No realizó preguntas. Vio que en el formulario aparecían sus datos personales y, lo firmó de manera voluntaria. No era consciente de que se estaba trasladando de régimen pensional; entendió que era sólo un cambio de entidad. Por desconocimiento tomó esa decisión. Por su parte, la llamaron el 11 de agosto de 2010 y le dijeron que se podía cambiar de régimen. Le faltaban cerca de 15 días para cumplir 47 años; hizo el cambio, pero cuando le contestaron había pasado el tiempo límite. En ese momento, PROTECCIÓN S.A. le explicó con proyecciones que no le convenía quedarse en el RAIS. Busca regresar a COLPENSIONES para acceder a una mejor pensión.

²⁵ Documento 19, página 23.



las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁶; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*²⁷.

Es que, recaía en PROTECCIÓN S.A., la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta

²⁶ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

²⁷ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

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

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁸.

²⁸ CSJ, sentencias STJ - 8703 de 14 de octubre de 2020, STJ - 8992 y STJ - 9110 de 21 de octubre de 2020



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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, en este orden, PROTECCIÓN S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de María Teresa Nocua Ferrín en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁹, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

²⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia S8852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁰, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les

³⁰ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003



permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³¹.

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

³¹ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012, así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3710 de 2021.



EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del GPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³², por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*³³. Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

³² CSI, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³³ CSI, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁴.

En el *examine*, aunque respecto de COLPENSIONES se declaró tener como válidamente vinculada a la demandante en el RPM para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la accionante, la Administradora del RPM no actuó en este acto jurídico, por ende, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo la apelación en este punto, se le absolverá de las costas impuestas. Cabe precisar, que en el acta y en el audio de la audiencia se anotó que la condena en costas correspondía al numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia, empero, es el numeral sexto de la providencia. No se causan en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia apelada y consultada, emitida en audiencia pública, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

³⁴ CSI, Sala Laboral, sentencia S13199 de 14 de julio de 2021.

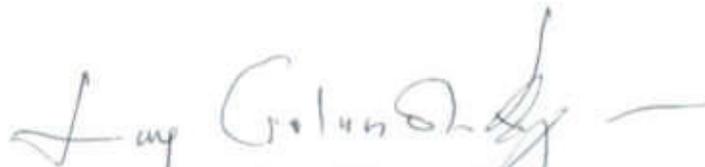


Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2021 00057 01
Ord. María Novea V. COLPENSIONES y otro

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARTHA NIDIA PERDOMO NARVÁEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de enero de 2023, proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad de su vinculación al RAIS efectuada a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, su afiliación a COLPENSIONES no tuvo solución de continuidad; el Fondo Privado debe remitir a la Administradora del RPM los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual; COLPENSIONES debe recibirla y pensionarla, una vez cumpla los requisitos de ley y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que inició su vida laboral en mayo de 1982 siendo afiliada al RPM; en julio de 1995 recibió la visita de un asesor comercial de PORVENIR S.A., quien le manifestó que lo mejor era vincularse a esa AFP, porque, su pensión iba a mejorar, no le brindó información real, completa, clara y comprensible acerca de las ventajas y desventajas de su decisión, ni elaboró proyección en el RPM y el RAIS, tampoco le advirtió que podía regresar al régimen público antes de faltarle diez años o menos para cumplir la edad de pensión; no regresó al RPM porque no le hicieron saber que debía permanecer cinco años en el fondo privado y, que por su edad no podía efectuar un cambio de régimen; el 01 de diciembre de 2011 petitionó su retorno a COLPENSIONES, quien le dio la bienvenida el 28 de enero de 2016; solicitó su pensión de vejez ante la Administradora del RPM, negada el 03 de enero de 2020, bajo el argumento de que estaba afiliada al RAIS; buscó asesoría y le indicaron que no contaba con más de 15 años de servicio para 01 de abril de 1994¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Documento 4, páginas 1 a 13.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en relación con los supuestos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban. En su defensa 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 de la AFP².

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en cuanto a los hechos aceptó las solicitudes de cambio de régimen y de pensión de vejez. Propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia del traslado de régimen del pensionado y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

² Documento 10, páginas 1 a 26.

³ Documento 14, páginas 2 a 24.



El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado por Martha Nidia Perdomo Narvárez del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A., por ende, ningún efecto jurídico surtió dicho acto y, siempre estuvo afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A., transferir a la Administradora del RPM el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, mismos que se deben retornar al RPM debidamente indexados⁴; ordenó a COLPENSIONES registrar en la historia laboral de la demandante los aportes que realizó en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo e; impuso costas a las demandadas⁵.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁶.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos en los cuales se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, en el asunto, la demandante realizó válidamente y de manera voluntaria su traslado de régimen pensional, siendo informada conforme a la normativa vigente para esa época, además, las características del RAIS

⁴ Documento 31. Cabe precisar, que en el acta de la audiencia del artículo 80 del CPTSS no se anotá la orden de indexación que profirió el juzgado.

⁵ Documentos 29.

⁶ Documento 29.



estaban establecidas en la Ley 100 de 1993, por ello, la accionante pudo verificarlas en cualquier momento y, actuar con mediana diligencia que suponía conocer con suficiencia el acto jurídico que estaba realizando, adicionalmente, en el interrogatorio de parte la actora manifestó que PORVENIR S.A. le explicó que sus aportes irían a una bolsa, obtendrían rendimientos y, el bono pensional tenía un término para redimirse, por ende, su afiliación fue libre y voluntaria, a pesar que el empleador organizó la reunión con la AFP; a su vez, el actuar del fondo privado ha sido de buena fe, sus actuaciones se enmarcaron en los presupuestos vigentes al momento del traslado, que para esa fecha no se encontraba a cargo de la AFP el deber de asesoría y buen consejo, ni la doble asesoría, tampoco existía la obligación de informar por escrito los beneficios de cada uno de los regímenes pensionales; aunado al hecho que la inconformidad de la demandante con el RAIS se deriva del valor de su mesada pensional, factor que no vicia su voluntad. Por otra parte, de declararse la ineficacia de la afiliación, PORVENIR S.A. actuó como un agente oficioso involuntario, en los términos de los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, por ello, terminó entregando rendimientos superiores a los que habrían generado los aportes en el RPM, en este orden, el Fondo Privado debe tener derecho a las sumas que produjo su gestión, razón por la que, solamente debería remitir a COLPENSIONES los rendimientos que los aportes hubiesen podido generar en el régimen público; tampoco es procedente la devolución de los gastos de administración y de las primas de seguros previsionales, pues, son valores ya invertidos para que los recursos de la cuenta de ahorro individual fueran rentables y, para que la compañía aseguradora cubriera los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Finalmente, es inviable condenar la indexación de estos montos por cuanto la devolución de los rendimientos financieros compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.



COLPENSIONES en resumen expuso, que la afiliación al RAIS de la demandante se realizó con plena voluntad a través del formulario de vinculación, pues, aunque alegó que no le brindaron información suficiente, le correspondía desvirtuar la buena fe de la AFP, además, para la fecha en que se trasladó resultaba imposible informarle la conveniencia de pertenecer a uno u otro régimen pensional; tampoco se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues, COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la accionante y PORVENIR S.A., por ello, la declaratoria de ineficacia afecta gravemente el equilibrio financiero del sistema general de pensiones establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, en este orden, se debe tener en cuenta el impacto al PIB y a la reserva pensional, en la medida que con el regreso de la actora al RPM existe la posibilidad de un futuro reconocimiento prestacional. Igualmente, la convocante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar a COLPENSIONES, sin que tuviera 15 años de servicios o aportes a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Por último, de determinarse la ineficacia de la afiliación al RAIS, PORVENIR S.A. debe pagar a la Administradora del RPM los perjuicios económicos que ello le genera, pues, quien causa un daño debe repararlo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Martha Nidia Perdomo Narvárez prestó sus servicios al Ministerio de Justicia de 28 de mayo de 1982 a 25 de noviembre de 1993 y, estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 07 de diciembre de 1994 a 31 de mayo de 1995,



aportando al RPM 600.90 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 11 de mayo de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de junio de 1995; situaciones fácticas que se infieren de la certificación electrónica de tiempos laborados expedida por el Ministerio del Interior⁷, el reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁸, el formulario de vinculación⁹, la historia laboral consolidada¹⁰, la relación histórica de movimientos¹¹, la relación de aportes¹² y, el certificado de afiliación¹³, expedidos por PORVENIR S.A., el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁴ y, el resumen de historia laboral elaborado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁵.

Perdomo Narváez nació el 05 de abril de 1962, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁶.

El 01 de diciembre de 2011, la demandante radicó formulario de afiliación a COLPENSIONES¹⁷ y, el 22 de junio de 2015¹⁸, tramitar su traslado al RPM; obteniendo respuesta de la entidad en igual *data*, quien le informó que la petición había sido enviada al área encargada¹⁹ y; mediante oficio de 28 de enero de 2016, la Administradora del RPM comunicó que aceptaba su vinculación²⁰.

⁷ Carpeta 15: expediente administrativo, documento 23, páginas 1 a 8.

⁸ Carpeta 15: expediente administrativo, documento 31, páginas 37 a 56.

⁹ Documento 10, página 27.

¹⁰ Documento 10, páginas 29 a 40.

¹¹ Documento 10, páginas 41 a 81.

¹² Documento 10, páginas 82 a 108.

¹³ Documento 10, página 28.

¹⁴ Documento 10, páginas 111 a 113.

¹⁵ Documento 10, páginas 115 a

¹⁶ Documento 3, página 14.

¹⁷ Documento 3, página 2.

¹⁸ Documento 3, página 13.

¹⁹ Documento 3, página 4.

²⁰ Documento 3, página 3.



El 22 de octubre de 2019, la convocante petitionó a COLPENSIONES la pensión de vejez²¹; mediante Resolución SUB 833 de 03 de enero de 2020 la entidad expuso que verificó el estado del traslado al RPM encontrando que no era válido su regreso, porque, no contaba con 750 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por ende, se efectuó la corrección continuando afiliaba al RAIS, siendo PORVENIR S.A. la competente para resolver la petición pensional²².

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

²¹ Documento 3, páginas 5 a 6.

²² Documento 3, páginas 7 a 12.



Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio²³; (ii) documento sin constancia de recibido, mediante el cual la demandante indicó a COLPENSIONES que allegaba certificación electrónica de tiempos laborados para que se tuviera en cuenta en el trámite de su pensión²⁴; (iii) extractos de semanas cotizadas a pensión²⁵; (iv) concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia²⁶; (v) comunicados de prensa²⁷ y; (vi) expediente administrativo²⁸.

También se recibió el interrogatorio de parte de Martha Nidia Perdomo Narváez²⁹.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 11 de mayo de 1995³⁰, se lee:

"HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES.

²³ Documento 3, páginas 79 a 89.

²⁴ Documento 3, página 15.

²⁵ Documento 3, páginas 16 a 23.

²⁶ Documento 10, páginas 117 a 123.

²⁷ Documento 10, páginas 124 a 126.

²⁸ Carpeta 15.

²⁹ Documento 33, min. 05:46. Dijo haber realizado un técnico en secretariado. No ha tramitado su pensión de vejez en PORVENIR S.A. Narró que fue a posesionarse en la Fiscalía General de la Nación, cuando unos asesores comerciales de esta AFP le manifestaron que podía afiliarse a un fondo privado, que el Seguro Social iba a terminarse, que podía tener un ahorro privado y heredar su pensión a sus hijos cuando falleciera. También le hablaron sobre rendimientos financieros. Había estado afiliada a CAJANAL. Resarcó su vinculación en mayo de 1995 a PORVENIR S.A., sin que ello fuera una instrucción de su empleador. Sin embargo, no le brindaron una explicación clara ni leal, puesto que no era cierto que sus aportes iban a una bolsa de valores, que las cotizaciones tendrían los rendimientos que le indicaron, ni que su pensión sería bien alta. No recibe extractos ni otro tipo de comunicación por parte de la administradora de pensiones. Conoce el capital ahorrado en PORVENIR S.A., ya que fue a las oficinas del fondo a solicitar una relación de aportes. Preciso que tenía claros los requisitos para pensionarse en el RPM y, que le informaron acerca de los del RAIS, pero no los recuerda. Por su parte, sabe acerca del bono pensional porque otro asesor comercial se lo explicó, tiempo después de su vinculación a la AFP.

³⁰ Documento 10, página 27.



TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS."

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³¹; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*³².

Es que, recaía en PORVENIR S.A., la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el

³¹ CSI, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019

³² CSI, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

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

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



que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³³.

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

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

³³ CSI, sentencias STI - 8703 de 14 de octubre de 2020, STI - 8992 y STI - 9110 de 21 de octubre de 2020.



cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁴, razón por la cual se adicionará el fallo de primer grado, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los valores remitidos por la AFP, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁵, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

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

³⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020

³⁵ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



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

INDEXACIÓN

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



congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁶.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁷, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

³⁶ CSI, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012, así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.

³⁷ CSI, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de julio de 2016.



Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social**”*³⁸.

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

De otro lado, en lo atinente a la solicitud de COLPENSIONES relacionada con el pago de perjuicios económicos generados, cabe señalar, que no fueron objeto del litigio y la Administradora del RPM puede adelantar, si así lo considera, las acciones judiciales que estime pertinentes frente a la eventual causación de perjuicios que le ocasione la ineficacia del acto jurídico de traslado de la accionante.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adocinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁹.

En el *examine*, aunque respecto de COLPENSIONES se declaró tener como válidamente vinculada a la demandante en el RPM para los

³⁸ CSI, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³⁹ CSI, Sala Laboral, sentencia 513199 de 14 de julio de 2021.



riesgos de invalidez, vejez y muerte, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la accionante, la Administradora del RPM no actuó en este acto jurídico, por ende, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR** a PORVENIR S.A., Administradora en que se encuentra vinculada actualmente Martha Nidia Perdomo Narvárez, a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES el saldo total de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones, sumas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán retornarse al régimen de prima media debidamente indexadas, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

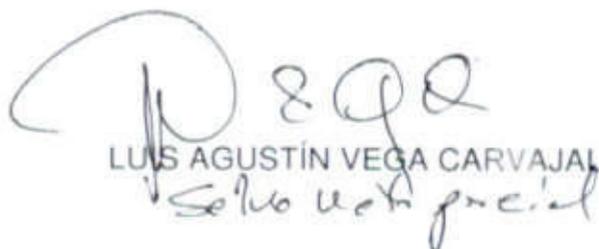
EXPD. No. 014 2020 00179 01
Ord. Martha Perdomo Vs. COLPENSIONES y otro

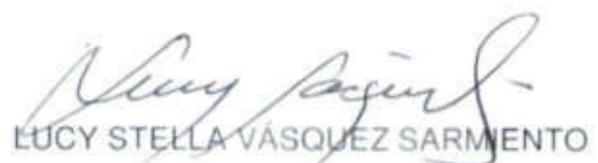
SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

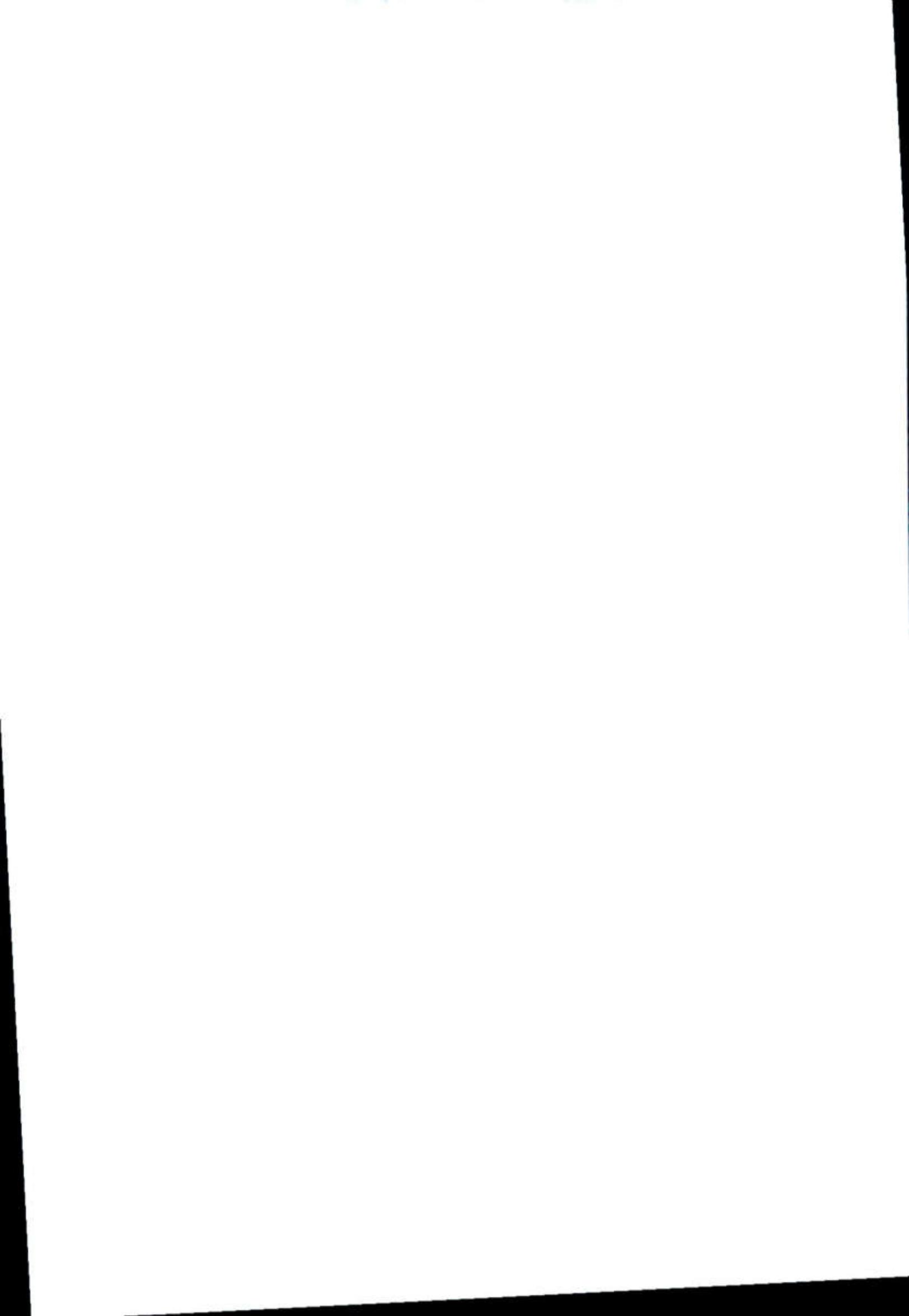
Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE DEYSI DE LA ROSA DAZA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. VINCULADA SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto





de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A., por existir vicio en su consentimiento ante la omisión de asesoría clara, precisa y real sobre los beneficios y las desventajas de su afiliación con cálculos suficientes y creíbles, en consecuencia, se condene a la AFP a remitir a COLPENSIONES los aportes, con los rendimientos financieros, Administradora ésta que debe aceptar el traspaso y tramitar la devolución de esos valores; *ultra y extra petita* y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 16 de julio (sic) de 1967; estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social; en 2005 se trasladó a COLFONDOS S.A. en el contexto de un trámite en masa, sin recibir asesoría sobre las consecuencias de su decisión, la AFP no le informó las ventajas y desventajas del cambio de régimen, ni realizó proyecciones económicas, le aseguró que el ISS iba a desaparecer, circunstancias que viciaron su consentimiento al firmar el formulario de vinculación; la afiliación al RAIS le generó perjuicios, pues, no beneficia su futuro pensional¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Documento 1, páginas 2 a 6.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y, su afiliación al ISS. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y, genérica².

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la convocante. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, su buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y, compensación³.

Mediante auto de 28 de octubre de 2021, el *a quo* vinculó a SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.⁴, quien se opuso a las pretensiones, en relación con los supuestos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban. Presentó las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la

² Documento 1, páginas 38 a 65.

³ Documento 12, páginas 1 a 13.

⁴ Documento 19.



obligación, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, su buena fe y, genérica⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado realizado el 22 de mayo de 1997 por Deysi De La Rosa Daza a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., así como la afiliación a COLFONDOS S.A. el 23 de agosto de 2005, en consecuencia, ordenó a esta última AFP remitir la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traspaso al RPM; ordenó a los fondos privados devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, 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, concedió el término de treinta (30) días contados a partir del auto de obediencia al superior, debiendo presentar un informe discriminado con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los

⁵ Documento 20, páginas 3 a 14.



justifique y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia; ordenó a la Administradora del RPM recibir a la demandante sin solución de continuidad como afiliada al RPM desde su vinculación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones presentadas por la pasiva e; impuso costas a las AFP⁶.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, COLPENSIONES y SKANDIA S.A. interpusieron sendos recursos de apelación⁷.

COLPENSIONES en resumen expuso, que no se debe declarar la ineficacia del traslado al RAIS, pues, el acto de afiliación fue válido y produjo efectos jurídicos, entonces, la demandante no puede alegar engaño o que no le brindaron una asesoría suficiente, ya que, uno de sus deberes era informarse adecuadamente sobre el producto que iba a adquirir, según el artículo 4° del Decreto 2241 de 2010, por ende, hubo negligencia de su parte durante toda su vida pensional, sin que se demostrara vicio del consentimiento; incluso si se pretendía acreditar que los fondos privados no brindaron información suficiente, ello le imponía como carga procesal desvirtuar su buena fe; tampoco puede obligarse a la Administradora del RPM a recibir los aportes sufragados al RAIS para que la accionante disfrute de la pensión de vejez, cuando no ha contribuido al fondo público, pues, conllevaría la descapitalización del sistema pensional premiando el desconocimiento de la ley en este

⁶ Archivo 23 y Documento 24.

⁷ Documento 14 y Archivo 15.



tipo de procesos. De igual manera, se debe revocar la condena en costas, por cuanto es un tercero de buena fe que aplicó la normatividad vigente, esto es, no podía aceptar el regreso de la accionante al RPM, porque, se encuentra en una prohibición legal. En caso de confirmarse la sentencia se debe ordenar a las AFP reintegrar la totalidad de la cotización, de acuerdo con la jurisprudencia.

SKANDIA S.A. en suma arguyó, que según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 y el concepto de 15 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, no se puede ordenar la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales ni primas de seguros, dado que, el porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte o, utilizado para la buena administración de la cuenta de ahorro individual. En caso de confirmar la ineficacia del traslado, la AFP sólo debe devolver los rendimientos generados y el monto destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Deysi De La Rosa Daza estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 18 de septiembre de 1990 a 31 de agosto de 1996, aportando 149.71 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 22 de mayo de 1997 solicitó su traslado al RAIS a través de PENSIONAR S.A. hoy SKANDIA Pensiones y Cesantías S.A., efectivo a partir de 01 de julio de 1997; el 23 de agosto de 2005 cambió a COLFONDOS S.A., con efectos desde 01 de octubre



del mismo año; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁸, los formularios de afiliación⁹, el reporte de estado de cuenta en COLFONDOS S.A.¹⁰, el historial de vinculaciones¹¹ y, la historia laboral de ASOFONDOS¹², la captura de pantalla del aplicativo AS400¹³, el certificado expedido por SKANDIA S.A., que acredita la vinculación a esta AFP y la remisión de aportes a COLFONDOS S.A.¹⁴ y, el estado de cuenta en SKANDIA S.A.¹⁵.

De La Rosa Daza nació el 16 de junio de 1967, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁶.

El 22 de julio de 2019, la demandante solicitó a COLFONDOS S.A.¹⁷ y a COLPENSIONES¹⁸ la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al RAIS, por cuanto hubo engaño y asalto a su buena fe, en consecuencia, la Administradora del RPM debía recibirla como si nunca hubiera migrado de régimen, ordenando el reconocimiento y pago de los intereses causados; mediante oficio de 06 de agosto siguiente, COLPENSIONES negó los requerimientos, informando que la afiliación fue realizada de manera directa y voluntaria en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen, además, la Circular 016 de 2016 emitida por la Superintendencia Financiera no era retroactiva y, la convocante se

⁸ Documento 2, páginas 15 a 18.

⁹ Documento 20, página 31; documento 1, páginas 11 a 12.

¹⁰ Documento 1, páginas 13 a 18.

¹¹ Documento 12, página 98.

¹² Documento 20, páginas 39 a 42.

¹³ Documento 12, página 99.

¹⁴ Documento 20, página 32.

¹⁵ Documento 20, páginas 33 a 38.

¹⁶ Documento 2, página 3.

¹⁷ Documento 1, páginas 19 a 20.

¹⁸ Documento 1, páginas 22 a 23.



encontraba en la prohibición legal de traslado¹⁹; a su vez, con comunicación de 08 de agosto de 2019, COLFONDOS S.A. rechazó los pedimentos, arguyendo que su asesor le explicó a la actora las condiciones del traslado, de lo cual quedó constancia con la suscripción libre y voluntaria del formulario de vinculación, adicionalmente, 7la demandante se encuentra en una prohibición legal para retornar al RPM en razón a su edad, tampoco se podía trasladar en cualquier tiempo, pues, no contaba con 750 semanas a 01 de abril de 1994²⁰.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

¹⁹ Documento 2, páginas 8 a 10.

²⁰ Documento 1, páginas 7 a 10.



Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de las AFP convocadas a juicio²¹ y, (ii) expediente administrativo²².

También se recibió el interrogatorio de parte de Deysi De La Rosa Daza²³.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 22 de mayo de 1997²⁴, se lee:

"DECLARO BAJO JURAMENTO QUE REALIZO EN FORMA VOLUNTARIA, LIBRE Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y A SU VEZ LA COMPAÑÍA PENSIONAR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA ENTIDAD QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. ASÍ MISMO DECLARO QUE HE RECIBIDO Y CONOZCO EL REGLAMENTO DEL FONDO Y EL PLAN QUE SELECCIONE, A LOS CUALES ME ADHIERO."

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PENSIONAR S.A. hoy SKANDIA S.A., haya suministrado información clara, precisa y detallada

²¹ Documento 12, páginas 14 a 94; documento 20, páginas 15 a 30.

²² Documento 2, páginas 1 a 18.

²³ Archivo 21, min 17:05. Dijo ser economista con maestría en relaciones internacionales. Actualmente, es decana de la Facultad de Negocios Internacionales del Politécnico Gran Colombiano. Narró que comenzó su vida laboral en 1990 y se afilió al ISS. En 1997 laboró para el Instituto de Altos Estudios de Colombia, donde casi todo su personal estaba afiliado a SKANDIA S.A., por lo que se trasladó a esta AFP. El área de recursos humanos le entregó el formulario de vinculación. No tuvo la oportunidad de hablar con ningún asesor del fondo ni del ISS. Fue una afiliación más en el trámite para comenzar a trabajar. Firmó el formulario. No le indicaron cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RPM. Sabía acerca de la edad y pensión, pero no le explicaron los factores positivos y negativos de pensionarse en un régimen o en otro. Le llegaban de manera física extractos a su domicilio. Al día de hoy no los entiende. Posteriormente, ingresó al Politécnico, donde la mayoría de las personas estaba afiliada a COLFONDOS S.A. Por esta razón, cambió de administradora. Tampoco tuvo acercamiento con ningún asesor. Suscribió el formulario que le había entregado el área de gestión humana. Antes de cumplir 47 años no le informaron que podía devolverse al RPM, lo le proporcionaron información clara. Por su parte, tiene un nivel salarial alto que, según creyó, iba a ser garantía de una pensión digna. Sin embargo, indagó y observó que la diferencia de mesadas es absurda. Fue a COLFONDOS S.A. y le dijeron que su pensión sería de \$1'500.000,00. Solicitó un peritaje, cuyo resultado arrojó la suma de siete millones de pesos en COLPENSIONES. Recibe extractos y comunicados relacionados con capacitaciones, en su correo electrónico. No ha asistido a ninguna de estas.

²⁴ Documento 20, página 31.



a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

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

Es que, recaía en PENSIONAR S.A. hoy SKANDIA S.A., la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de régimen pensional, circunstancia que no alcanza a materializarse en el *examine* con la simple afirmación que los afiliados suscriben de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación en que manifiestan por escrito que aceptan y conocen las condiciones propias del régimen de ahorro individual o con la información de poder efectuar aportes voluntarios, pues, le incumbía acreditar que le explicó en detalle las consecuencias de la vinculación a su Administradora, específicamente el acceso a la prestación de vejez dependiendo del valor del capital aportado

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

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



y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

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

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁷.

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



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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y, si bien la accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, COLFONDOS S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Deysi De La Rosa Daza en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁸, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

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



Y si bien, SKANDIA S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía descuento de suma alguna. En este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

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

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



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

INDEXACIÓN

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



congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁰.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³¹, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

³⁰ CSI, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado Nº 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia Nº 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.

³¹ CSI, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.



Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social**"*³².

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Finalmente, la Sala se abstiene de efectuar pronunciamiento respecto de las costas de primera instancia, pues si bien, COLPENSIONES solicita se revoquen, revisada la actuación el *a quo* no las impuso en su contra. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 007 2019 00629 01
Ord. Deysi De La Rosa Vs. COLPENSIONES y otros

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ALFREDO ANTONIO ESPINEL ÁLVAREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 10 de agosto de 2022, proferido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A., por cuanto no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de su decisión, en consecuencia, se deben retrotraer las cosas a su estado anterior; COLPENSIONES debe tenerlo como afiliado al RPM como si nunca hubiera migrado de régimen; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 16 de febrero de 1956; el 01 de noviembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A.; el asesor comercial no le suministró información clara, completa y oportuna sobre el RPM y el RAIS, solo le habló de los beneficios de su decisión; la AFP elaboró una simulación pensional en la modalidad de retiro programado que arrojó dos escenarios a sus 62 años: si cotizaba el 100% del tiempo su mesada ascendería a \$941.508.00 y, si no volvía a aportar la prestación equivaldría a \$934.031.00; su pensión en el RPM sería de \$2.586.348.00, teniendo en cuenta los últimos 10 años de cotización y una tasa de reemplazo de 66.96%; cotizó 1431 semanas de 14 de abril de 1987 a 16 de febrero de 2018; el 23 de abril de 2019 reclamó administrativamente el traslado a COLPENSIONES, negado con comunicación de 27 de abril siguiente¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Documento 1, páginas 7 a 19.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en relación con los supuestos fácticos dijo que no eran ciertos o no le constaban. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, su buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y, nadie puede ir en contra de sus propios actos².

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la solicitud de 23 de abril de 2019 y, su respuesta negativa. Propuso 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, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

² Documento 6, páginas 1 a 16.

³ Documento 7, páginas 1 a 36.



El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación efectuada el 01 de noviembre de 1995 por Alfredo Antonio Espinel Álvarez a COLFONDOS S.A., en consecuencia, ordenó a la AFP transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo los rendimientos generados hasta cuando se haga efectivo el retorno al RPM; ordenó al fondo privado devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a gastos de administración, sumas 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, concediendo a COLFONDOS S.A. el término de 30 días, contados a partir del auto que ordene obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, para que haga la devolución de los conceptos señalados, los cuales deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique; ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde su vinculación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva e; impuso costas a la AFP⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el traslado de régimen goza de plena validez y no puede haber un cambio de régimen pensional, porque, el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, correspondiendo a Espinel Álvarez demostrar la pérdida

⁴ Archivo 24 y Documento 25.



de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima, en la medida que conserva la posibilidad de pensionarse en el RAIS, tampoco se demostró vicio en el consentimiento, máxime que para el momento de la vinculación era imposible predecir su IBC, el accionante tampoco mostró inconformidad por la administración de sus aportes en el fondo privado; se debe tener en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues, esta Administradora es un tercero ajeno al acto celebrado entre el demandante y la AFP, por ello, la declaratoria de ineficacia afectaría el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, en este orden, la falta de información no puede acarrear consecuencias a COLPENSIONES, ya que, el retorno al RPM podría implicar el reconocimiento del derecho pensional. Sin embargo, en el evento en que se confirme la decisión del juzgado, COLFONDOS S.A. debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones; asimismo, debe pagar los perjuicios económicos que genere la ineficacia de la afiliación, en virtud de la teoría del daño, según la cual quien causa un daño debe repararlo, no un tercero en dicho acto⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Alfredo Antonio Espinel Álvarez estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social – ISS de 14 de abril de 1987 a 31 de octubre de 1995, aportando 288,43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 01 de noviembre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A., con efectos a partir de 01 de diciembre de 1995; situaciones fácticas

⁵ Archivo 24 y Documento 25.



que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁶, el reporte de días acreditados en COLFONDOS S.A.⁷, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁸ y, el formulario de afiliación⁹.

Espinel Álvarez nació el 16 de febrero de 1956, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁰.

El 24 de abril de 2019, el demandante solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su afiliación al RAIS, pues, no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, en consecuencia, se debían retrotraer las cosas a su estado anterior¹¹; pedimentos negados con oficio del siguiente día 27, bajo el argumento que la afiliación fue realizada de manera directa y voluntaria en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen y, la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia no era retroactiva¹².

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

⁶ Carpeta 10: historia laboral.

⁷ Documento 1, páginas 37 a 47.

⁸ Documento 14, página 17.

⁹ Documento 14, página 18.

¹⁰ Documento 1, página 23.

¹¹ Documento 1, página 27.

¹² Documento 1, páginas 31 a 33.



INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio¹³; (ii) conteo de semanas cotizadas elaborado por el demandante¹⁴; (iii) simulación pensional realizada por COLFONDOS S.A., informando al actor que su mesada ascendería a \$934.031.00 si dejaba de cotizar o, \$941.508.00 si continuaba cotizando¹⁵; (iv) liquidación pensional aportada por el accionante, que proyectó una pensión de \$2'586.348.20 en el RPM¹⁶; (v) declaración extraproceso rendida por el actor, en que manifestó que estaba trabajando en las instalaciones de Citibank Colombia S.A. para 01 de noviembre de 1995, cuando firmó su contrato y se acercaron unos asesores de COLFONDOS S.A. con la finalidad que se afiliara a esa AFP, que éstos le aseguraron en una charla grupal de 10 minutos que sus aportes tendrían mayores rendimientos en el fondo privado, que firmó el formulario "en vista de tanta maravilla", ninguna persona del ISS estuvo presente y, que la liquidación pensional de la AFP

¹³ Documento 1, páginas 55 a 101.

¹⁴ Documento 1, página 105.

¹⁵ Documento 1, página 107.

¹⁶ Documento 1, páginas 109 a



no le permite cubrir sus gastos¹⁷; (vi) comunicado de prensa¹⁸ y; (vii) expediente administrativo¹⁹.

También se recibió el interrogatorio de parte de Alfredo Antonio Espinel Álvarez²⁰.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 01 de noviembre de 1995²¹, se lee:

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

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

¹⁷ Documento 1, páginas 117 a 119.

¹⁸ Documento 6, página 17.

¹⁹ Carpeta 10.

²⁰ Archivo 24, min. 05:00. Dijo tener estudios de bachillerato. Se encuentra desempleado. Narró que empezó a trabajar en 1978 y se afilió al ISS. Permaneció afiliado al ISS hasta el 30 de octubre de 1995. El 01 de noviembre de 1995 se encontraba en Citibank. Se acercaron unos asesores de COLFONDOS S.A. para que hiciera el traslado a ese fondo privado. Le dijeron que el ISS se iba a terminar, que su pensión iba a ser mejor en el RAIS y, que se podía pensionar antes de tiempo. No le hicieron proyecciones pensionales. No le expusieron el valor de su pensión. Firmó de manera libre y voluntaria el formulario que había sido diligenciado por el asesor. No le informaron que antes de cumplir 52 años podía devolverse al RPM. No le expusieron las ventajas y desventajas del traslado, ni que sus ahorros eran heredables, ni que podía hacer aportes voluntarios, ni que sus cotizaciones tendrían rendimientos. Durante su permanencia en el RAIS no se ha acercado a una oficina de COLFONDOS S.A. Tampoco ha radicado quejas y reclamos. Busca retornar al régimen público porque, cuando solicitó su pensión en COLFONDOS S.A. le indicaron que era del mínimo, mientras que su mesada en el RPM sería mayor. Supo del valor de su mesada en COLPENSIONES a través de su abogado.

²¹ Documento 14, página 18.



Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²²; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*²³.

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

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

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



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

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

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

²⁴ CSI, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, COLFONDOS S.A., debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Alfredo Antonio Espinel Álvarez en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁵, razón por la cual, se confirmará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los valores remitidos por la AFP, reactivar la afiliación del demandante y, actualizar su historia laboral, en este tema también se confirmará la decisión del *a quo*.

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



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

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

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



afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, COLFONDOS S.A., tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago²⁷. Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se confirmará la decisión de primer grado.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la

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



constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables²⁸, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

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

En lo atinente a la solicitud de COLPENSIONES relacionada con el pago de perjuicios económicos generados, cabe señalar, que no fueron objeto del litigio, en adición a lo anterior, la Administradora del RPM puede adelantar, si así lo considera, las acciones judiciales que estime pertinentes frente a la eventual causación de perjuicios que le ocasione la ineficacia del acto jurídico de traslado del accionante.

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

²⁹ CSI, Sala Laboral, Sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 007 2020 00076 01
Oné, Alfredo Espinel v. COLPENSIONES y otro

Sin costas en la alzada.

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

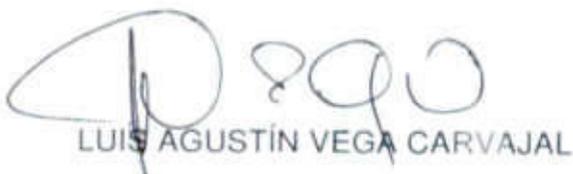
RESUELVE

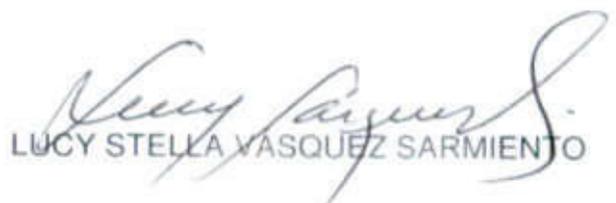
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE SOFÍA DEL PILAR BARRERA MORA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 21 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A., por existir vicio en su consentimiento al no suministrarle información veraz y suficiente, en consecuencia, se ordene su regreso al RPM; PORVENIR S.A. debe devolver todos los dineros que reposen en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, aportes voluntarios, frutos e intereses, en el término perentorio que se determine en la sentencia y, pagar 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes como perjuicios morales; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 12 de marzo de 1962; el 31 de enero 1983 se afilió al Instituto de Seguro Social – ISS cotizando 515 semanas; el 19 de julio de 1995 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., sin que se le suministrara información clara y precisa sobre los efectos jurídicos de su decisión, no le explicaron de manera detallada las características del bono pensional, la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, el derecho de retracto, las modalidades de pensión, el capital necesario para alcanzar una pensión de vejez, beneficios y detrimentos en su mesada; el 19 de septiembre de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES información sobre su situación pensional; el siguiente día 23, el fondo privado le respondió de manera evasiva¹.

¹ Documento 1, páginas 4 a 24.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al RPM, las semanas de cotización y, la solicitud de 19 de septiembre de 2019. En su defensa propuso 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos dijo que no eran ciertos o no constaban. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe de la AFP, inexistencia de la obligación, compensación y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

² Documento 4, páginas 3 a 40.

³ Documento 8, páginas 2 a 33.



El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado el 19 de julio de 1995 por Sofía del Pilar Barrera Mora al RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, condenó a dicha AFP a devolver a COLPENSIONES dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos causados, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado; ordenó a la Administradora del RPM aceptar dichos valores y, tener como válida la afiliación efectuada por la demandante al RPM el 31 de enero de 1983, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo e; impuso costas a las demandadas⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que la demandante está en la prohibición legal para retornar al RPM por razón de su edad, adicionalmente, Barrera Mora guardó silencio por más de 24 años sobre su inconformidad con la información, lo cual denota que se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria, sin que existiera coacción alguna, además, la accionante no contaba con una expectativa legítima al momento de afiliarse al RAIS, ya que, no tenía 750 semanas de cotización a 01 de abril de 1994; tampoco se probó falta de asesoría,

⁴ Archivo 16 y Documento 17.



sin embargo, resulta desproporcionado colocar la carga de la prueba a la AFP, pues, es imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del formulario, tampoco era obligatorio dejar un registro documental de ésta, en este orden, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituye una situación de carácter imposible; por su parte, la actora faltó a su deber de diligencia como consumidora financiera, pues, contaba con capacidad para ilustrarse, pero, no verificó la información proporcionada, no fue diligente para pedir información sobre uno u otro régimen pensional; por último, se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional para evitar la descapitalización que provocaría el traslado de la convocante al RPM. Subsidiariamente, solicitó condicionar el cumplimiento de la sentencia por COLPENSIONES a la previa devolución por parte de la AFP de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y lo demás a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que la accionante permaneció afiliada al fondo. Y, en cuanto a la condena en costas, COLPENSIONES actuó como un tercero frente al acto jurídico celebrado entre la demandante y PORVENIR S.A., razón por la que, se le debe eximir de dicha condena⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Sofia del Pilar Barrera Mora estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 31 de enero de

⁵ Archivo 16 y Documento 17.



1983 a 31 de julio de 1995, aportando 519.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 19 de julio de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de agosto de 1995; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones⁶ y, el certificado de afiliación⁷, emitidos por COLPENSIONES, la historia laboral consolidada⁸, la relación histórica de movimientos⁹, la relación de aportes¹⁰ y, el certificado de afiliación¹¹, expedidos por PORVENIR S.A., el formulario de afiliación¹², el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹³, el resumen de historia laboral¹⁴ y, la historia válida para bono¹⁵, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Barrera Mora nació el 12 de marzo de 1962, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁶.

El 19 de septiembre de 2019, la demandante solicitó a PORVENIR S.A.¹⁷ y a COLPENSIONES¹⁸ información sobre distintos aspectos del RPM y el RAIS; con comunicación del siguiente día 23, PORVENIR S.A. le indicó que recibió información sobre el RAIS y las implicaciones del traslado, de lo cual dejó constancia con la firma del formulario de afiliación, también le precisó temas relacionados con el bono pensional, el fondo de garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, el

⁶ Documento 4, páginas 141 a 144.

⁷ Documento 4, página 66.

⁸ Documento 8, páginas 184 a 195.

⁹ Documento 8, páginas 113 a 152.

¹⁰ Documento 8, páginas 153 a 183.

¹¹ Documento 8, página 200.

¹² Documento 1, página 51.

¹³ Documento 8, páginas 98 a 100.

¹⁴ Documento 8, páginas 196 a 197.

¹⁵ Documento 8, páginas 198 a 199.

¹⁶ Documento 1, página 64.

¹⁷ Documento 1, páginas 52 a 55.

¹⁸ Documento 1, páginas 60 a 62.



retrato de la afiliación, las modalidades de pensión y, la forma de calcularla¹⁹.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio²⁰; (ii) comunicación de 23 de septiembre de 2019, en que COLPENSIONES manifestó a la demandante que el expediente administrativo tiene carácter reservado, por lo que, debía allegar

¹⁹ Documento 1, páginas 57 a 59.

²⁰ Documento 8, páginas 72 a 96.



documentación adicional para acceder a él²¹; (iii) expediente administrativo²²; (iv) comunicados de prensa²³ y; (v) concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia²⁴.

También se recibió el interrogatorio de parte rendido por Sofía del Pilar Barrera Mora²⁵.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 19 de julio de 1995²⁶, se lee:

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

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que PORVENIR S.A., haya

²¹ Documento 4, páginas 64 a 65.

²² Documento 4, páginas 67 a 147.

²³ Documento 8, páginas 102 a 104.

²⁴ Documento 8, páginas 105 a 111.

²⁵ Archivo 16, min. 16:10. Dijo ser abogada y desempeñarse actualmente como Jueza Catorce de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá. Narró que el 19 de julio de 1995 estaba en la oficina de recursos humanos de la dirección regional de la Fiscalía General de la Nación. Un asesor de PORVENIR S.A. les entregó a varias personas un formato, les pidió varios datos mientras lo diligenciaba y, posteriormente, ella lo firmó. Les dijo que el ISS se iba a acabar, que las entidades privadas iban a ser mejores, esto es, que iba a salir mejor pensionada. Le aseguraron que le enviarían información adicional a su casa, lo que no sucedió. No le manifestaron que podía pensionarse anticipadamente. Tampoco le hablaron de lo que pasaría con las semanas cotizadas a CAJAHUAYO o el ISS, de la diferencia entre un fondo privado y uno público, de los aportes voluntarios, ni del régimen de transición. No recuerda haber recibido información sobre beneficiarios, Leyó y firmó el formulario. Para el momento de la afiliación, no le explicaron que su pensión dependería exclusivamente de sus ahorros, rendimientos y variables del mercado. No le hicieron saber cuánto tiempo debía permanecer afiliada a PORVENIR S.A. para regresar al RPM. No recuerda haber recibido una comunicación de la AFP, en la que se le invitara a una reaseñoría o le advirtieran de la prohibición legal de traslado. Creyó en lo que le dijo el asesor. Estaba convencida que era mejor el fondo privado, por lo que no le interesó cambiarse de régimen hasta que acudió a una abogada, quien le comentó que su pensión sería baja. PORVENIR S.A. le proyectó una mesada de dos salarios mínimos. Ha recibido extractos. No ha solicitado su pensión porque no desea retirarse.

²⁶ Documento 1, página 51.



suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, situación que configuró omisión de su deber de información.

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁷; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*²⁸.

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

²⁷ CSI, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019

²⁸ CSI, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



dependiendo del valor del capital aportado y ahorrado en su cuenta individual, las variables que determinan e inciden en la cuantía de la mesada, así como las diferentes modalidades pensionales que, sin embargo, con pleno conocimiento de lo anterior, ella optó por el cambio de régimen.

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

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁹.

²⁹ CSI, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, PORVENIR S.A., debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Sofía del Pilar Barrera Mora en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³⁰, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir los valores remitidos por la AFP, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su

³⁰ CSI, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³¹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y

³¹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, PORVENIR S.A., tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³². Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las cuotas de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. En este orden, se adicionará la decisión de primer grado, atendiendo la apelación interpuesta por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta que también se surte a su favor.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

³² CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012, así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³³, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³⁴. Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁵.

³³ CSI, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³⁴ CSI, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

³⁵ CSI, Sala Laboral, sentencia 5L3199 de 14 de julio de 2021.



En el *examine*, aunque respecto de COLPENSIONES se declaró tener como válidamente vinculada a la demandante en el RPM para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la accionante, la Administradora del RPM no actuó en este acto jurídico, por ende, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo la apelación en este aspecto, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Sofía del Pilar Barrera Mora, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado; así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 002 2019 00762 01
Ord. Sofía Barrera V., COLPENSIONES y otro

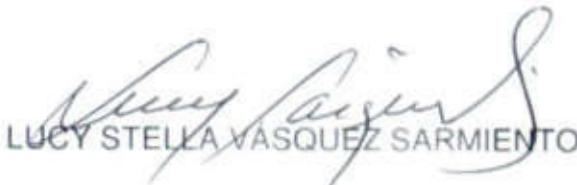
SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solus Vote Pasial


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA DEL PILAR JIMÉNEZ MÁRQUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. VINCULADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto



de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 06 de febrero de 2023, proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., así como su cambio a PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES recibirla como vinculada y, a PORVENIR S.A. liberarla de su base de datos, transfiriendo a la Administradora del RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos causados; costas; ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 21 de enero de 1963; el 24 julio de 1981 empezó su vida laboral siendo afiliada al Instituto de Seguro Social; el 15 de febrero de 2001 se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; el 31 de octubre de 2003 se vinculó a PORVENIR S.A.; los asesores de estos fondos privados le aseguraron que el ISS sería liquidado, por lo que, sus aportes estarían en riesgo, mientras que en el fondo privado del RAIS podría pensionarse a una edad más temprana, su pensión en este régimen sería más alta y, tendría la posibilidad de solicitar la devolución de saldos sin ninguna restricción; no le informaron el capital requerido para pensionarse en las modalidades de renta vitalicia y retiro programado, ni le indicaron el plazo para retornar al RPM, tampoco le elaboraron proyecciones pensionales para evidenciar la diferencia de mesadas en los dos



regímenes, en suma, no le suministraron información suficiente, clara y concisa para tomar la decisión de trasladarse, sin que lo consignado en los formularios de vinculación signifique un consentimiento informado; el 14 de noviembre de 2018 radicó en COLPENSIONES formulario de afiliación al RPM y, solicitó a PORVENIR S.A. la nulidad de su vinculación al RAIS, entidades que rechazaron sus pedimentos; la AFP le hizo saber que había acumulado \$135'087.226.00 en su cuenta de ahorro individual y, le proyectó una mesada de \$781.242.00 a sus 57 años, al paso que en el RPM su pensión tomaría como referencia los últimos 10 años cotizados equivalentes a \$3'368.900.00; el 08 de agosto de 2019 petitionó a PROTECCIÓN S.A. la nulidad de su afiliación, recibiendo respuesta negativa el siguiente día 16¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos fácticos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la calenda de inicio de su vida laboral, su afiliación al RPM, su traslado al RAIS, el cambio de fondo privado, la solicitud de 14 de noviembre de 2018 y su respuesta negativa. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, su buena fe, imposibilidad de condena en costas y, genérica².

¹ Documento 15, páginas 4 a 28.

² Documento 28, páginas 2 a 13.



La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la convocante, la afiliación a esa AFP, la solicitud de 14 de noviembre de 2014 con respuesta y, la proyección pensional. En su defensa 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, su buena fe³.

Mediante auto de 12 de noviembre de 2019, el *a quo* ordenó la vinculación de PROTECCIÓN S.A.⁴, fondo que también rechazó los pedimentos de la demanda, en cuanto a los hechos admitió la *data* de nacimiento de la actora, la vinculación a ese fondo privado, la solicitud de 08 de agosto de 2019 y la respuesta aludida. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y, traslado de aportes⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

³ Documento 27, páginas 2 a 29.

⁴ Documento 1, páginas 109 a 110.

⁵ Documento 26, páginas 3 a 29.



El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación efectuada el 15 de febrero de 2001 por María del Pilar Jiménez Márquez a través de SANTANDER Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. así como el cambio de 31 de octubre de 2003 a PORVENIR S.A., por incumplimiento del deber de información sobre ventajas, desventajas y consecuencias del traslado; ordenó a COLPENSIONES recibir a la accionante como afiliada y restablecer la vinculación al RPM sin solución de continuidad; condenó a PORVENIR S.A. a hacer entrega a la Administradora del RPM de todos los valores que hubiere recibido con motivo del cambio de régimen, como cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos y bonos pensionales, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propias utilidades, allegando los documentos que den cuenta de los valores recibidos por cotizaciones, ciclos, IBC, rendimientos, intereses y los descuentos para que COLPENSIONES pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados, para lo cual concedió el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a la Administradora del RPM los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propias utilidades, con los documentos que le permitan a COLPENSIONES verificar que la devolución se hace en los términos ordenados, para lo cual concedió el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; ordenó a la Administradora del RPM imputar las semanas cotizadas al RAIS en la historia laboral de la demandante y, revisar que las sumas provenientes de las AFP se hayan devuelto de conformidad con lo establecido; declaró no probadas las



excepciones propuestas por la pasiva e; impuso costas a las convocadas a juicio⁶.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES interpusieron sendos recursos de apelación⁷.

PORVENIR S.A. en suma arguyó, que la demandante contaba con información precisa respecto de su afiliación en el RAIS de acuerdo con la normativa vigente para la época que no exigía dejar constancia escrita de lo explicado al afiliado, además, la actora firmó el formulario correspondiente que da cuenta que realizó de manera libre, voluntaria y consciente el traslado, documento preimpreso que estaba autorizado por la ley, adicionalmente, la obligación de entregar información surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, así como las obligaciones de asesoría y buen consejo o, de doble asesoría, en este orden, no existían para la fecha de la afiliación y no pueden aplicarse de manera retroactiva; ahora, la inconformidad de la accionante hacia el RAIS se deriva del valor de su mesada pensional, factor que no es suficiente para viciar su voluntad. Por otra parte, en el evento en que se declare la ineficacia y deban existir restituciones mutuas, la AFP solamente debería estar obligada a entregar a COLPENSIONES los rendimientos que los aportes hubieran generado en el RPM; se debe revocar la orden de trasladar los gastos

⁶ Archivo 37

⁷ Archivo 37.



de administración y sumas previsionales, ya que, son dineros que cumplieron su propósito de obtener rendimientos en la cuenta de la afiliada o proporcionar el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte. En cuanto a la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, no se justifica que estos conceptos se remitan a la Administradora del RPM con cargo a sus propios recursos, en tanto, no fueron descontados por antojo del fondo privado, sino por una obligación conforme a la Ley 100 de 1993. Tampoco procede la indexación de estas sumas, en la medida en que se generaría una doble condena por el mismo concepto, es decir, se entregan rendimientos, pero, no se pueden actualizar estos valores. Por último, es necesario revocar la condena en costas, pues, ha actuado de buena fe cumpliendo las leyes vigentes, además tuvo ánimo conciliatorio en este proceso para evitar el desgaste judicial.

COLPENSIONES en resumen expuso, que el traslado al RAIS de la demandante tiene plena validez, pues, no se demostraron los vicios del consentimiento en el contrato suscrito con SANTANDER Pensiones y Cesantías S.A., ni la omisión de información vital, por el contrario, la accionante tuvo conocimiento de su afiliación, la cual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, obran dentro del proceso medios probatorios suficientes que permiten concluir que el asesor del fondo privado suministró información clara y precisa sobre los efectos jurídicos de la vinculación al RAIS, ventajas y desventajas de los dos regímenes; tampoco se probó que el asesor de manera dolosa tuviera la intención de ocasionar un daño o la indujera a realizar el traslado. Por otra parte, el artículo 83 de la Constitución Política manifiesta que las actuaciones de las autoridades deben ceñirse a los postulados de la buena fe, por lo que, si se alegaba por parte de la accionante que el fondo privado



efectuó maniobras engañosas al realizar el traslado al RAIS, le correspondía desvirtuar esa buena fe; adicionalmente, la actora se encuentra en una prohibición legal de traslado. Por último, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES, éstas se deben revocar, porque, ha actuado bajo el principio de buena fe.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María del Pilar Jiménez Márquez estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 24 de julio de 1981 a 22 de agosto de 1994, aportando 607.57 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 15 de febrero de 2001 solicitó su traslado al RAIS a través de SANTANDER Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de abril siguiente; el 31 de octubre de 2003 se vinculó a PORVENIR S.A., con efectos desde 01 de diciembre siguiente; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁸, la historia laboral consolidada⁹, el certificado de vinculación¹⁰ y, la relación histórica de movimientos¹¹, expedidos por PORVENIR S.A., los formularios de afiliación¹², la historia válida para bono¹³ y, el resumen de historia laboral¹⁴, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁵ y, el certificado de aportes trasladados de PROTECCIÓN S.A.¹⁶

⁸ Documento 2, páginas 58 a 61.

⁹ Documento 1, páginas 12 a 19.

¹⁰ Documento 1, página 166.

¹¹ Documento 1, páginas 176 a 190.

¹² Documento 1, páginas 20 y 245.

¹³ Documento 1, páginas 25 a 26.

¹⁴ Documento 1, páginas 194 a 195.

¹⁵ Documento 1, páginas 163 a 165.

¹⁶ Documento 3, páginas 48 a 50.



Jiménez Márquez nació el 21 de enero de 1963, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁷.

El 20 de noviembre de 2017, la demandante radicó en COLPENSIONES formulario de afiliación al RPM¹⁸; el 14 de noviembre de 2018¹⁹, la convocante petitionó a ésta administradora y a PORVENIR S.A. la nulidad de su vinculación al RAIS, en consecuencia, regresaran al RPM las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, es decir, con los rendimientos causados²⁰; mediante oficio de 13 (sic) de noviembre del mismo año, la Administradora del RPM rechazó la solicitud, bajo el argumento que la afiliación fue realizada de manera directa y voluntaria por la actora en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen, además, la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia no era retroactiva, de otra parte, la convocante se encontraba en la prohibición legal para cambiar de régimen²¹ y; con oficio de 21 de noviembre de 2018, PORVENIR S.A. expuso que la vinculación a esta AFP fue libre y voluntaria²².

El 08 de agosto de 2019, la accionante solicitó a PROTECCIÓN S.A. la nulidad de su traslado²³, negado con oficio del siguiente día 16, arguyendo que el formulario de afiliación cumple las exigencias del Decreto 692 de 1994, por ende, la vinculación se presumía legal,

¹⁷ Documento 1, página 5.

¹⁸ Documento 1, página 34.

¹⁹ Documento 1, páginas 27 a 28.

²⁰ Documento 1, páginas 6 a 7.

²¹ Documento 1, páginas 29 a 32.

²² Documento 1, páginas 8 a 11.

²³ Documento 1, páginas 94 a 95.



además, sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 fue claro el deber legal de las AFP de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitieran conocer las consecuencias del traslado, igualmente, la legalidad del traslado sólo podía desvirtuarse por los jueces de la República ²⁴.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de las AFP

²⁴ Documento 1, páginas 96 a 103.



convocadas a juicio²⁵; (ii) simulación pensional realizada el 21 de noviembre de 2018, en que PORVENIR S.A. informó a la convocante que su mesada pensional equivaldría a \$781.242.00²⁶; (iii) comunicados de prensa²⁷; (iv) expediente administrativo²⁸; (v) comunicado de 13 de junio de 2019, en que PROTECCIÓN S.A. indicó a la accionante que no podía realizar una proyección pensional²⁹; (vi) conceptos de 29 de diciembre de 2015³⁰ y 15 de enero de 2020³¹ de la Superintendencia Financiera de Colombia y; (vii) documento titulado "*Políticas Asesorar para vincular personas naturales*"³².

También se recibieron los interrogatorios de parte de las Representantes Legales de PROTECCIÓN S.A.³³ y PORVENIR S.A.³⁴, así como de María del Pilar Jiménez Márquez³⁵.

²⁵ Documento 1, páginas 272 a 327.

²⁶ Documento 1, páginas 21 a 24.

²⁷ Documento 1, páginas 196 a 198.

²⁸ Documento 2, páginas 1 a 155.

²⁹ Documento 3, páginas 34 a 35.

³⁰ Documento 3, páginas 51 a 52.

³¹ Documento 27, páginas 63 a 69.

³² Documento 3, páginas 53 a 57.

³³ Archivo 37, min. 23:25. Lisa María Barbosa Herrera. Dijo ser profesional en derecho y candidata a especialista en seguridad social. Manifestó que no existe documento diferente al formulario de afiliación para acreditar la asesoría que se brindó a la demandante en 2001. Le consta que el formulario de afiliación se suscribió de manera libre y voluntaria y, que SANTANDER S.A. tenía la obligación de brindar información completa, veraz y comprensible para la fecha de traslado de la accionante. Finalmente, expuso que generalmente en el reverso de los formularios de esta AFP se encontraban los datos sobre el reglamento del fondo, las obligaciones y los derechos del afiliado. Sin embargo, se aportó una copia del anverso. Aseguró que ello se le dio a conocer a la actora.

³⁴ Archivo 37, min. 28:00. Juliana Araque Quind. Dijo ser abogada especialista. Indicó que se le entregó a la demandante el formulario de afiliación. No obra un documento distinto del señalado. No le consta si PORVENIR S.A. le entregó el reglamento del plan de pensiones. No obstante, la firma del formulario certifica que sí se le suministraron las condiciones de la afiliación.

³⁵ Archivo 37, min. 32:51. Dijo ser profesional en terapia respiratoria. Actualmente, se encuentra desempleada. Narró que en 1981 inició su vida laboral y, se afilió al ISS. En 2001 se presentó una asesora de SANTANDER S.A. en su sitio de trabajo, quien le pidió unos minutos para darle una información sobre su pensión. Al responderle que se encontraba afiliada al ISS, ella le advirtió que sus aportes estaban en riesgo, que dicha entidad se iba a acabar, que la AFP brindaba ventajas o beneficios pensionales. Esos beneficios consistían en una pensión más alta, la protección a sus cotizaciones, la pensión anticipada, la posibilidad de usar sus aportes sin limitaciones, su carácter heredable y, la devolución de saldos. Acto seguido, le solicitó unos datos básicos para diligenciar un formulario. Revisó que esos datos fueran correctos, sin realizar preguntas. En ese momento no le facilitaron una copia de la afiliación. No le explicaron que sus aportes generarían rendimientos, ni cuáles eran los requisitos para pensionarse con el fondo, ni cómo se pensionaría antes de tiempo. Tampoco le hablaron del bono pensional ni de aportes voluntarios. No le aclararon que debía tener un ahorro equivalente al 110% del salario mínimo, ni lo que pasaría con sus aportes, ni que se contrataría a una aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte. Solamente, la asesora le comentó que ella se encargaría de hacer el traslado. Durante su afiliación a este fondo no recibió extractos, no se acercó a presentar reclamos frente a su situación pensional o a solicitar la pensión anticipada, ni actualizó sus datos. En el año 2003 se afilió a PORVENIR S.A. en el mismo lugar de trabajo. Una promotora de esta AFP le ofreció los mismos beneficios señalados anteriormente, pero que le garantizaría una mejor atención y una mesada pensional más elevada, por cuanto era una entidad más sólida. Firmó el formulario sobre la base de que los beneficios no cambiaban. Quedó tranquila pensando que había tomado una buena decisión. Para ese instante no le explicaron por qué debía relacionar beneficiarios en el formulario. Tampoco le hablaron del bono pensional, ni de aportes voluntarios. No supo que en 2012 el ISS cambió a COLPENSIONES. No conoce las modalidades de pensión en el RAIS. Busca retornar al RPM por el monto de su mesada. Recibía extractos de PORVENIR S.A. Acudió a una oficina de esta administradora, donde le dijeron que su pensión en el RAIS se acercaba al



Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 15 de febrero de 2001³⁶, se lee:

"DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994, ARTÍCULO 11, HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. AUTORIZO A PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER PARA QUE TRAMITE A MI NOMBRE LA EMISIÓN DE MI BONO PENSIONAL."

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁷; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de*

millón de pesos, mientras que en COLPENSIONES ese monto podría ascender. Cuando pregunté si podía regresar al RPSM, le respondieron que ya no tenía oportunidad. No tenía claro que no podía cambiar de régimen.

³⁶ Documento 1, página 245.

³⁷ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



*decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...*³⁸.

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

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

³⁸ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento: sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³⁹.

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

³⁹ CSJ, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y, si bien la accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de María del Pilar Jiménez Márquez en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM⁴⁰, en ese sentido se confirmará el fallo de primer grado.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver, con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía descuento de suma alguna. En este tema se confirmará la decisión del *a quo*.

⁴⁰ CSI, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de garantía de la pensión mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión⁴¹, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

Finalmente, cumple precisar, que el deber de brindar la información a los afiliados o usuarios del sistema pensional por parte de las AFP proviene de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 b), 271 y 272, en cuyos términos el trabajador tiene la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más le convenga, acogiendo una decisión consciente y realmente libre, que solo es posible alcanzarla cuando se conocen a plenitud las consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les

⁴¹ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago⁴².

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

⁴² CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la Sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012, así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2011.



En este orden, se confirmará la decisión de primer grado.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables⁴³, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

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

⁴³CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de julio de 2016.



connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social⁴⁴.

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria⁴⁵.

En el *examine*, respecto de COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. se ordenó tener como válida la vinculación de la demandante al RPM como si nunca se hubiera trasladado de régimen, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación inicial al RAIS de la accionante, sin embargo, en dicho acto jurídico la Administradora del RPM y PORVENIR S.A. no actuaron, por ende, no se les puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, atendiendo la apelación sobre este punto, se les absolverá de las costas impuestas.

No se causan en la alzada.

⁴⁴ CSI, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.

⁴⁵ CSI, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 010 2018 00750 01
Ord. María Jiménez Vs. COLPENSIONES y otros

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

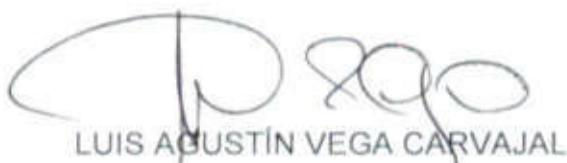
RESUELVE

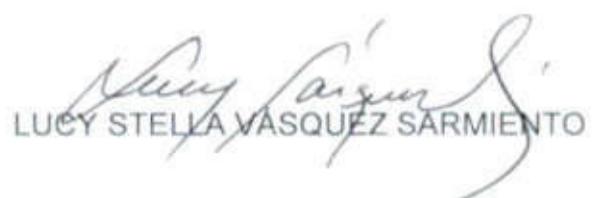
PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. de la condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE FERNANDO BUENO RAMOS CONTRA DORIS AMANDA, NOHORA, GLORIA INÉS, MIGUEL ÁNGEL Y MARÍA ANGÉLICA BUENO CIPAGAUTA, AURA MARÍA CIPAGAUTA DE BUENO Y, SANDRA BUENO CHÁVEZ, HEREDEROS DETERMINADOS DE MIGUEL ANTONIO BUENO GARCÍA. VINCULADA SOCIEDAD UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por los herederos determinados de Miguel Antonio Bueno García, revisa la Corporación el fallo de fecha



17 de febrero de 2023, proferido por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare que entre él y Miguel Antonio Bueno Ramos existió una vinculación contractual laboral, vigente de 24 de noviembre de 1978 a 28 de febrero de 1987, en consecuencia, se condene a los herederos determinados de Bueno Ramos - cónyuge sobreviviente Aura María Cipagauta de Bueno e, hijos *supérstites* Doris Amanda, María Angélica, Gloria Inés y Nohora del Socorro Bueno Cipagauta y, Sandra Bueno Chávez a sufragar a COLPENSIONES mediante cálculo actuarial, los aportes a seguridad social en pensión causados durante la relación laboral, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para Miguel Antonio Bueno García mediante contrato de trabajo verbal durante dos periodos: (i) 24 de noviembre de 1978 a 23 de julio de 1984 y (ii) 24 de julio de 1984 a 28 de febrero de 1987, en el cargo de conductor de los buses propiedad de Bueno García; inicialmente laboraba los días sábados, domingos y festivos en los buses adscritos a la empresa Universal Automotora de Transportes S.A.; en enero de 1980 fue vinculado como conductor del vehículo de placas SD3225 de tiempo completo en horario de 07:00 a.m. a 05:00 p.m.; el 27 de julio de 1984 su empleador liquidó el contrato de trabajo por \$105.917.00; Bueno García pagó aportes a pensión al Instituto de Seguro Social – ISS de 21



de agosto a 07 de diciembre de 1984; el 28 de febrero de 1987 renunció voluntariamente; los días 26 de mayo de 1982 y 09 de octubre de 2017, la Empresa Universal Automotora de Transporte S.A. expidió certificaciones laborales, indicando que el cargo de Bueno Ramos era conductor de vehículos afiliados de la empresa, además, la última constancia da cuenta de su relación laboral con Miguel Antonio Bueno García de 26 de mayo de 1978 a 28 de febrero de 1987; Bueno García falleció el 04 de octubre de 2014; en septiembre de 2017, se reunió con los herederos de su ex empleador con el fin de acordar el pago de aportes a pensión, pero, no se logró; el 03 de octubre de 2017 solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez, negada con Resolución SUB 240196 de 27 de octubre siguiente; el 19 de diciembre de 2017, mediante Escritura Pública 4562 expedida por la Notaria 32 del Círculo de Bogotá se liquidó notarialmente la herencia de Miguel Antonio Bueno García a favor de la cónyuge sobreviviente Aura María Cipagauta de Bueno y, los hijos *supérstites* Doris Amanda, María Angélica, Gloria Inés y Nohora del Socorro Bueno Cipagauta y, Sandra Bueno Chávez; cuenta con 65 años de edad y 962.29 semanas de cotización¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, los herederos determinados de Miguel Antonio Bueno García, esto es, su cónyuge sobreviviente Aura María Cipagauta de Bueno y, sus hijos *supérstites* Doris Amanda, María Angélica, Gloria Inés y Nohora del Socorro Bueno Cipagauta y, Sandra Bueno Chávez se opusieron a la prosperidad de las

¹ Documento 01, páginas 3 a 13.



pretensiones; en cuanto a los hechos aceptaron que Miguel Antonio Bueno García sufragó aportes a pensión a favor del actor de 21 de agosto a 07 de diciembre de 1984, la certificación expedida por Universal Automotora de Transportes S.A. de 26 de mayo de 1982 y, la calenda de deceso de Miguel Antonio Bueno García. En su defensa propusieron las excepciones de pago, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación a cargo de los accionados, aceptación de la herencia con beneficio de inventario y falta de legitimación por pasiva de Aura María Cipagauta de Bueno, buena fe y cumplimiento de todas las obligaciones por Miguel Antonio Bueno García conforme al artículo 15 de la Ley 15 de 1959, inexistencia de realizar cotizaciones por días antes de la expedición del Decreto 2616 de 2013 y; prescripción².

Mediante auto de 16 de abril de 2021, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá avocó conocimiento del proceso atendiendo los acuerdos de descongestión³.

A través de providencia de 21 de septiembre de 2021, el operador judicial de primer grado declaró probada la excepción de falta de integración del *litis* consorcio necesario y, dispuso la integración a la pasiva de la Sociedad Universal Automotora de Transportes S.A.⁴, empresa que contestó sin rechazar ni se allanarse a los pedimentos, pues, nunca tuvo relación laboral con Fernando Bueno Ramos; en cuanto a las situaciones fácticas aceptó la existencia de un contrato

² Documento: 01, páginas 126 a 139.

³ Documento: 03.

⁴ Documento: 08.



verbal entre Fernando Bueno Ramos y Miguel Antonio Bueno García, la afiliación del demandante al ISS realizada por Bueno García, las certificaciones que emitió, la calenda de fallecimiento de Miguel Antonio Bueno García, la solicitud pensional, la negativa de COLPENSIONES, la liquidación de la herencia de Bueno García, la edad del convocante y las semanas cotizadas. En su defensa propuso la excepción de inexistencia de la obligación⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Fernando Bueno Ramos, en condición de trabajador y, Universal Automotora de Transportes S.A., como empleador, existió una relación laboral en virtud de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 15 de 1959, durante dos períodos: de 24 de noviembre de 1978 a 23 de julio de 1984 y de 24 de julio de 1984 a 28 de febrero de 1987, en que ejerció la actividad de conductor de vehículo de servicio público de propiedad de Miguel Antonio Bueno García, afiliado a Universal Automotora de Transporte S.A.; declaró que la empresa vinculada como empleadora del demandante omitió el deber de afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, por tanto, a través del pago del cálculo actuarial debe subsanar su omisión; declaró que los herederos determinados del causante Miguel Antonio Bueno García, como enjuiciados, están obligados solidariamente a cancelar las condenas impuestas en la providencia; declaró no probados los medios exceptivos; condenó a Universal Automotora de Transportes S.A. y solidariamente a los herederos determinados del causante Miguel

⁵ Documento: 10 y 16.



Antonio Bueno García, a pagar el valor del cálculo actuarial por los aportes al sistema de seguridad social en pensiones causados a favor del convocante durante los periodos de 01 de enero de 1980 a 20 de agosto de 1984 y de 08 de diciembre de 1984 a 28 de febrero de 1987, teniendo como último salario el mínimo mensual legal vigente establecido por el Gobierno Nacional para 1987 de \$20.510.00, con destino a la entidad en que se encuentre afiliado actualmente el demandante, para hacer efectiva la orden, concedió a los enjuiciados el término de 05 días para que radiquen la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente y, 30 días para pagar el valor que arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación, por la administradora al empleador, en caso de no proceder de tal manera, se habilitará a Fernando Bueno Ramos para que proceda a peticionar, dentro del mismo término, la elaboración del cálculo actuarial, al cabo de lo cual, empezará a contabilizarse el término de 30 días con que cuentan los demandados para efectuar el pago, el actor debe informar el régimen y fondo de pensiones al que actualmente se encuentre afiliado; impuso costas a la Sociedad Universal Automotora de Transportes S.A y solidariamente a los herederos indeterminados⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, los herederos determinados de Miguel Antonio Bueno García interpusieron recurso de apelación, en el que en resumen expusieron, que se les impuso dos obligaciones, una de hacer para solicitar a COLPENSIONES la liquidación del cálculo

⁶ Documentos. 26 y 27.



actuarial y otra la de pagar, entonces, la primera se les ordenó pese a que no fueron empleadores y, en lo que atañe al pago se debe tener en cuenta que el artículo 15 de la Ley 15 de 1959, de manera expresa trae la solidaridad para los propietarios de los vehículos, pero, no enlistó conceptos sobre los cuales era llamado a responder de forma solidaria, además, quedó acreditado con la confesión del Representante Legal de la empresa que no era dable al propietario del vehículo hacer esas cotizaciones que les correspondía directamente a ellos, incluso durante un período de tiempo Miguel Antonio Bueno García intentó afiliar al actor, pero, no fue posible dada la condición que se da para el transporte público, adicionalmente, uno de los testigos manifestó que justamente a la empresa se le pagaban unos dineros, lo cual no fue desvirtuado por la entidad y el Representante Legal de la sociedad convocada dijo que ellos se encargaban de la parte parafiscal y se pagaba una suma por administrar sus dineros, por ende, el causante cumplió sus obligaciones, pero, no podía afiliar al actor, en tanto, debía hacerse directamente por la compañía, quien es la empleadora, lo cual no se discute; ahora, la cónyuge del causante Aura María Cipagauta no estaba llamada a responder en condición de heredera de Miguel Antonio Bueno García, en tanto, conforme a la normatividad civil, ella no tiene la condición de heredera, es diferente, aquí no fue vinculada en esa condición, sino como heredera de los herederos; tampoco fueron empleadores directos del demandante, por ende, solicitó a esta Corporación reducir la decisión, ya que, se les impone una obligación de hacer que quedaría imposible cumplir frente a COLPENSIONES, porque, no fungen como empleadores de Bueno García; también se debe analizar que los enjuiciados aceptaron la herencia con beneficio de inventario⁷.

⁷ Documentos: 26 y 27.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Fernando Bueno Ramos laboró para Universal Automotora de Transportes S.A., mediante contrato de trabajo, vigente durante dos periodos: de 24 de noviembre de 1978 a 23 de julio de 1984 y de 24 de julio de 1984 a 28 de febrero de 1987, en el cargo de Conductor del vehículo de servicio público con placas SD3225 propiedad de Miguel Antonio Bueno García, con un salario equivalente a un mínimo legal mensual vigente; situaciones fácticas que se coligen de las liquidaciones finales de los contratos de trabajo⁸, las certificaciones laborales de 26 de mayo de 1982 y 09 de octubre de 2017⁹ y, el paz y salvo de 31 de julio de 1980¹⁰, supuestos de hecho que no fueron objeto de reproche por las partes.

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

SOLIDARIDAD DEL PROPIETARIO DEL VEHÍCULO DE SERVICIO PÚBLICO – APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN

La Sala se remite al artículo 15 de la Ley 15 de 1959, en cuyos términos *“El contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes asalariados del*

⁸ Documento: 01, páginas 16 y 17

⁹ Documento: 01, páginas 27 y 29

¹⁰ Documento: 01, página 336.



servicio público, se entenderá celebrado con las empresas respectivas, pero para efecto de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables”.

En punto al tema de la responsabilidad solidaria en las relaciones laborales de los conductores de servicio público de transporte de que tratan los artículo 34 del CST y, 15 de la Ley 15 de 1959, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que propende por garantizar los derechos laborales de los conductores de vehículos de servicio público de transporte para que sus garantías no sean menoscabadas por maniobras fraudulentas de los propietarios de los vehículos de servicio público **por tratarse de una obligación conjunta de la empresa de transporte quien detenta la calidad de empleador y de los aludidos propietarios en torno a proteger laboralmente a los conductores de los vehículos.** De modo que el derecho del trabajo considera la relación existente con los dueños de los automotores, quienes igualmente deben procurar, requerir y exigir a las compañías operadoras de transporte la satisfacción de las garantías laborales, so pena que, **por su indiferencia, dejadez o permisividad, se vean abocados a asumir responsabilidades legales, como quedar afectados por la calidad de deudor solidario**¹¹. (Negritas por fuera del texto)

¹¹ CST, Sala Laboral, sentencias SL3718 de 26 de agosto de 2020 y SL874 de 25 de abril de 2023.



Bajo este entendimiento, el propietario del automotor es responsable solidario del pago de los derechos laborales de los conductores de vehículos de servicio público de transporte.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la sociedad enjuiciada¹²; (ii) cédula de ciudadanía del actor, que da cuenta que nació el 04 de agosto de 1953¹³; (iii) registro civil de defunción de Miguel Antonio Bueno García, en cuyos términos falleció el 04 de octubre de 2014¹⁴; (iv) Resolución SUB 240196 de 27 de octubre de 2017, mediante la que COLPENSIONES negó la prestación vejez solicitada por Fernando Bueno Ramos, bajo el argumento que no contaba con el mínimo de semanas exigidas por la Ley 797 de 2003, pues, solo tenía 894 semanas durante toda su vida laboral¹⁵; (v) reporte de semanas cotizadas expedido por la Administradora del RPM, en cuyos términos el accionante cuenta con 958 semanas cotizadas de 16 de mayo de 1977 a 31 de enero de 2019, además, aparece que Miguel Antonio Bueno García afilió al demandante de 21 de agosto a 07 de diciembre de 1984¹⁶; (vi) solicitud de 26 de septiembre de 2017, en que Bueno Ramos petitionó a Doris Amanda Bueno Cipagauta sufragara los aportes a pensión¹⁷; (vii) comunicación de 27 de septiembre de 2017, que negó el pago del cálculo actuarial, pues, no se contaba con la información suficiente para acreditar la falta de cotizaciones o de la existencia de una relación laboral¹⁸; (viii)

¹² Documento: 01, páginas 19 a 26

¹³ Documento: 01, página 14

¹⁴ Documento: 01, página 15.

¹⁵ Documento: 01, páginas 31 a 34

¹⁶ Documento: 01, páginas 35 a 42.

¹⁷ Documento: 01, páginas 340 a 341.

¹⁸ Documento: 01, páginas 342 a 344.



solicitud de 09 de octubre de 2017, en que el actor peticionó a Universal Automotora de Transportes S.A. informara los vehículos afiliados por Miguel Antonio Bueno García y expidiera certificación laboral¹⁹; (ix) oficio de igual calenda, en que el convocante reiteró a Doris Amanda Bueno Cipagauta su petición referente al cálculo actuarial²⁰; (x) comunicación de "noviembre de 2017", en que Bueno Cipagauta indicó al actor que la obligada a sufragar los aportes era Universal Automotora de Transportes S.A.²¹ y; (xi) escritura pública 04562 de 19 de diciembre de 2017, a través de la que se efectuó la sucesión notarial de Miguel Antonio Bueno García, en cuyos numerales tercero y séptimo de antecedentes aparece que el causante y Aura María Cipagauta de Bueno disolvieron y liquidaron su sociedad conyugal con escritura pública 3098 de 20 de noviembre de 2002, empero, se hacía parte de la sucesión en tanto, omitieron incluir dos bienes inmuebles en la liquidación conyugal, asimismo, se indicó que las herederas del fallecido eran sus hijas Doris Amanda, María Angélica, Gloria Inés y Nohora del Socorro Bueno Cipagauta, así como Sandra Bueno Chávez, además, en el numeral 9 de los antecedentes del acto protocolario, también se anotó que las herederas del *de cujus* transfirieron a título de venta a la cónyuge *supérstite* los derechos herenciales que les correspondieran en la sucesión respecto del bien inmueble ubicado en el municipio de Flandes – Tolima, adicionalmente, los herederos expresaron que aceptaban la herencia con beneficio de inventario²².

¹⁹ Documento: 01, páginas 345 a 346

²⁰ Documento: 01, páginas 348 a 349

²¹ Documento: 01, páginas 353 a 359.

²² Documento: 01, páginas 43 a 93.



Asimismo, se recibieron los interrogatorios de parte de Gloria Inés Bueno²³, Nohora del Socorro Bueno²⁴, María Angélica Bueno²⁵, Sandra Bueno Chávez²⁶, Doris Amanda Bueno²⁷, Fernando Bueno Ramos²⁸ y, del Representante Legal de Universal Automotora de

²³ Audio 21, min. 17:17, Gloria Inés Bueno dijo que desconocía la relación laboral de su señor padre con el demandante; no sabía que el actor manejara un bus de su progenitor; su padre Miguel Antonio Bueno García se dedicaba al transporte y vivían en Bogotá.

²⁴ Audio 21, min. 24:24, Nohora del Socorro Bueno Cipagauta dijo que conoce al demandante porque es su primo; no sabe a qué se dedica él; su señor padre Miguel Antonio Bueno García era transportador de buses urbanos; desconocía que su progenitor y el actor tuvieron una relación laboral; además, su señor padre nunca les indicó quienes eran sus conductores; era muy independiente el trabajo de su hogar; su progenitor tenía vinculados todos sus carros a la sociedad Universal de Transporte; no sabe si el causante pagó los aportes a pensión; se enteró del reclamo de Fernando Bueno Ramos con la demanda, antes no fue citada a conciliación.

²⁵ Audio 21, min. 32:38, María Angélica Bueno dijo que conoce al convocante, porque, es su primo; desconoce la profesión del actor; su señor padre Miguel Antonio Bueno García era transportador; no sabe si su padre era propietario SD3225; desconoce cuántos buses tenía su progenitor; no tiene conocimiento que su primo haya trabajado para su progenitor; su señor padre tenía afiliados sus vehículos a Universal; al momento de la sucesión, el convocante allegó una carta informando que no se le habían pagado los aportes a seguridad social; luego, su abogada le informó la misma situación.

²⁶ Audio 21, min. 37:58, Sandra Bueno Chávez dijo que no conoce al demandante; no sabía de su existencia; se enteró que es su primo; pero, no lo conoce; nunca se ha reunido con el actor para hablar sobre el tema de los aportes; su señor padre Miguel Antonio Bueno García era transportador.

²⁷ Audio 21, min. 41:59, Doris Amanda Bueno Cipagauta dijo que vio a Fernando Bueno Ramos manejando un bus de propiedad de su padre Miguel Antonio Bueno García; pero, no tiene conocimiento de como administraba sus negocios su progenitor; tampoco las dejaba intervenir; no recuerda cuál era el bus que el convocante manejaba; citaron a Fernando Bueno Ramos, porque, su padre le vendió un vehículo en el 2008 y no se había hecho el traspaso, era para eso; pero, ese día se enteraron la liquidación del contrato de trabajo; luego, les hizo una citación con su abogada que no se habían efectuado sus aportes; les allegó documentos, certificaciones, liquidación con unas fechas, las cuales eran totalmente ambiguas.

²⁸ Audio 21, min. 53:25, Fernando Bueno Ramos dijo que reclamó a los herederos de Miguel Antonio Bueno los aportes de 1980 a 1987; los vehículos que conducían eran de servicio público y estaban afiliados a la empresa Universal Automotores de Transporte S.A., pero, el sistema de contratación era con su tío; la sociedad de transportes le expidió una certificación de que estuviera vinculado de 1978 a 1982; la contratación era llamada por su tío como consorcio, que consistía en que su tío se hacía cargo de todas las obligaciones laborales, tanto es así que el causante le pagó una liquidación del 80 al 84 con vacaciones y prestaciones sociales; después el de *cujus* le renovó el contrato del 84 al 87 y le cumplió con todo lo que tiene que ver con prestaciones sociales, vacaciones e, intereses a las cesantías, todo le pagó; lo único que no sufragó fueron los aportes; no entiende la razón, porque, su tío era una persona muy correcta; sin embargo, al revisar su historia laboral solo había cancelado tres meses; por ello, acudió a sus primos, incluso a otros dos que residen en otro país para que le ayudaran y ellos le dijeron que bueno, que iban a mirar que podían hacer; les entregó unos documentos; luego, Doris le indicó que no se podía; pues, lo que él quería era cometer un fraude con COLPENSIONES; entonces, él le respondió que de ninguna manera; luego, les mandó varias comunicaciones y, después le mandaron un WhatsApp de "María Angélica" que hiciera lo que quisiera; porque, ellos tenían tiempo; por eso decidió demandar; no es cierto que de 1984 a 1987 hubiese prestado el servicio solo los fines de semana; eso fue en el periodo 78 a 80; época cuando estaba estudiando y solo trabajaba los domingos; entonces, no tuvo una relación expresa con su tío durante los dos primeros años; de 1980 a 1984 empezó a laborar con un bus de su tío el número 1178 de placas SD3225; posteriormente, se retiró un poquito; pero, su tío le dio la oportunidad de seguir trabajando del 84 a 87; en los que siempre le pagó prestaciones sociales; pero, no los aportes a seguridad social; su tío tenía alrededor 14 o 15 buses que estaban afiliando a Universal Automotores de Transporte S.A.; tenía un contrato laboral directo con su tío; le manejaba el bus directo a él; le entregaba los producidos a él; manejaban un proceso de staff por pasajero ganaba \$100.000 y su tío le pagaba todo sobre un mínimo legal; entonces, el sueldo era un poquito más; pero, las prestaciones eran sobre el mínimo; trabajaba desde la 06:00 a.m. a la tarde; el término consorcio que conocía era que unas personas entregaban una parte a la empresa y otra al propietario del vehículo; pero, su tío le dijo que le entregara todo y él se encargaba directamente; era diferente en su caso; los contratos de trabajo con su tío fueron verbales; el causante era totalmente correcto; lo liquidaba anualmente; su tío le hacía firmar un recibo de todo lo que le entregaba; incluso se los envió a Doris; pero, ella dijo que no tenían validez; porque, solo tenían la firma del actor; no recuerda que meses fueron los que contó su tío; pero, esta en la historia laboral; creo que fue en el segundo periodo; pues, una vez habló con él y le dijo tío como hacemos con la seguridad social y él le indicó yo lo voy a afiliar; sin embargo, por la mutua confianza no volvió a revisar; pensaba que su tío estaba cumpliendo; todo le entregaba a su tío o, sino a Miguel Ángel; otro de sus tíos y esporádicamente a su esposa la señora Dora; sin falta tenían que entregar las cuentas de pasajeros; descontaban su destajo salarial y la gasolina; el carro lo entregaban en el mismo sitio; trabajó después de 1987 para Universal; no demandó esta empresa; porque, su contrato fue con su tío; en el 2008, le compró un carro Ford modelo 1967 a su tío en el 2008; pero, no fue parte de pago; incluso luego sus primos lo llamaron para arreglar los papeles de ese vehículo y él de una vez les dijo que cómo iban a hacer porque no podía pensionarse; no recuerda el año en que falleció su tío; desarrolló su labor de manera personal; su tío era quien le daba órdenes; su tío no le pidió documento adicional al pase; no más; las rutas eran autorizadas por la empresa Universal.



Transportes S.A.²⁹, así como los testimonios de Miguel Antonio Maldonado Soto³⁰ y, Miguel Ángel Bueno Cipagauta³¹.

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten concluir que el vehículo de servicio público que conducía el demandante era propiedad de Miguel Antonio Bueno García, quien en los términos de los artículos 34 del CST y 15 de la Ley 15 de 1959, es responsable solidario del pago de las acreencias laborales de Fernando Bueno Ramos, pues, aunque Universal Automotora de Transportes S.A. en calidad de empleadora era la responsable de sufragar los aportes a pensión del convocante, sin que la persona natural pudiera afiliarlo, como lo indicó el Representante

²⁹ Audio 21, min. 01:42-12 y Audio 24, min. 36-32. Luis Ernesto Rojas, Representante Legal de Universal Automotora de Transportes S.A. dijo que el demandante no fue trabajador de la empresa, pero, le expedieron una certificación, porque, él les pidió el favor, pero, no hizo la verificación de la información, él seguramente manejó antes de que él fuera elegido Gerente en el 2013; no le consta que el vehículo SD3225 estuviese afiliado a la empresa; la sociedad exigían información personal a los trabajadores; la empresa asignaba las rutas, sancionaban a los conductores por pelear en la ruta, cambiar la ruta o usar mal el uniforme, el propietario presenta al conductor de la empresa, donde se le exigen unos documentos; si los cumple lo acepta, sino lo rechaza, el propietario del vehículo es el que paga los salarios, porque, Universal es una empresa afiliadora, no administradora de vehículos, el propietario consigue el conductor y le paga a la empresa para que pague los parafiscales para 1980 a 1987, los parafiscales son pensión y salud; Fernando Bueno Ramos nunca estuvo por la compañía; revisó los archivos de la empresa y encontró una certificación de mayo de 1982 y dos liquidaciones que le hizo Miguel Antonio Bueno García, una de 24 de noviembre de 1978 a 23 de julio de 1984 y otra de 24 de julio de 1984 a 28 de febrero de 1987; el bus SD3225 estaba afiliado a la empresa, pero, no figura el actor como conductor; Fernando Bueno Ramos nunca estuvo vinculado a Universal.

³⁰ Audio 24, min. 53:45. Miguel Antonio Maldonado Soto depuso que trabajó para Universal de Transporte de 1979 a 1989, fue presentado por Miguel Antonio Bueno García a la empresa, a través de una carta para que se realizara los exámenes y quedara vinculado como conductor; el testigo manejaba el bus SD3226, que era la continua a la que el actor manejaba; el demandante ya conducía un vehículo de don Miguel cuando entró a la empresa; la vinculación del convocante era especial, porque, don Miguel le pagaba directamente, ya que, era el sobrino, situación conocida por todos los conductores; don Miguel Antonio Bueno García tenía entre 12 o 15 buses; no le consta nada sobre los aportes a pensión, cuando el deponente se retira, ya el actor no conducía buses, cree que se retiró en el año 86, la empresa no pagaba nada, era el propietario quien sufragaba las acreencias laborales, podía hacerlo directamente o, a través de la empresa como lo fue en el caso del testigo, el horario era de 05:30 a.m. a 08:00 p.m.; don Miguel era quien daba las órdenes, pero, administrativamente la empresa como dar los despachos y darles las rutas, les expedían una cartulina y verificaba que se cumplieran las rutas; su labor fue de manera personal; los vehículos estaban afiliados a Universal, no tiene conocimiento si el demandante fue sancionado o le llamaron la atención; la compañía revisaba que los documentos estaban activos.

³¹ Audio 24, min.07:20. Miguel Ángel Bueno Cipagauta depuso que es hijo de Miguel Antonio Bueno García y le colaboraba con recibir cuentas y mantenimiento de los buses que él tenía, conoce al demandante, porque, es su primo, el actor fue conductor de su señor padre, más o menos de 1977 o 1978, no recuerda hasta cuándo, pero, eso fue por 07 o 08 años, no tiene claro cuánto tiempo; su primo manejaba el bus con placa SD3225, en una época condujo otro bus, sin embargo, no recuerda bien cuándo; su progenitor administraba sus buses, el deponente recibía el producido y se lo entregaba a su padre y se encargaba del mantenimiento, el testigo no le pagaba el sueldo al actor, porque, los conductores descontaban el porcentaje del producido; no sabe si al convocante le pagaba las prestaciones sociales o, si lo afilió, su papá le pagaba un porcentaje de una empresa por rodamiento eran como \$200.000.00 por vehículo; el demandante trabajó inicialmente los fines de semana, luego, si todos los días; no sabe el convenio que ellos tenían; su papá tenía 10 buses afiliados a la empresa; el demandante trabajó como hasta el 86 o 87; el actor siempre laboró personalmente, el horario era establecido por su progenitor; las rutas eran asignadas por la empresa, si no las cumplía tenía una sanción; la compañía revisaba el pase y le hacía un examen de conducción, daban el visto bueno para el ingreso para presentar en los despachos, el vehículo SD3225 estaba afiliado a Universal Automotora de Transportes; se hacían controles de las rutas con la cartulina, que era verificada por la empresa; su señor padre fue quien contrató al actor y lo llevó a la empresa, el convocante le entregaba dinero a su progenitor.



Legal de la señalada sociedad en su interrogatorio, sin embargo, la obligación era conjunta, en tanto, Bueno García debía pagar a la empresa de transporte los valores que correspondían a parafiscales, lo cual no fue acreditado.

En este orden, la calidad de deudor solidario del propietario del vehículo no puede ser excusa para incumplir las cotizaciones a seguridad social en pensión, pues, fue omisión de éste no procurar o exigir a la compañía de transporte la satisfacción de las garantías laborales del trabajador, tampoco puede usar como pretexto que la norma no especifica qué tipo de obligaciones están a su cargo, en tanto, el pago de aportes a la seguridad social inició como obligación a cargo del empleador conforme al artículo 260 del CST, posteriormente y de manera progresiva, fue asumida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, estando vigente la obligación de afiliar y pagar los aportes del demandante para el momento de su vinculación contractual laboral.

Siendo ello así, los herederos determinados de Miguel Antonio Bueno García tienen la obligación solidaria de solicitar la liquidación del cálculo actuarial y, pagar el título pensional, en este orden, se confirmará la sentencia apelada en este tema.



Ahora, la Sala se remite al artículo 1045 del Código Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 1934 de 2018, sobre el primer orden sucesoral³².

Con arreglo al precepto en cita el primer orden sucesoral son los descendientes del causante, quienes tienen la calidad de herederos, desplazando a la cónyuge *supérstite*, quien no ostenta dicha condición.

En el *examine*, los herederos de Miguel Antonio Bueno García fueron sus descendientes Doris Amanda, María Angélica, Gloria Inés y Nohora del Socorro Bueno Cipagauta, así como Sandra Bueno Chávez, quienes ostentan la calidad de herederas en primer orden sucesoral³³, por ende, en principio la cónyuge *supérstite* Aura María Cipagauta no tendría la condición de heredera para efectos del pago de las cotizaciones del accionante.

Sin embargo, en la sucesión notarial, la cónyuge *supérstite* Aura María Cipagauta compró los derechos herenciales que correspondían a las hijas del *de cuius* respecto del bien inmueble ubicado en el municipio de Flandes – Tolima³⁴, siendo ello así, también es responsable solidaria atendiendo la compra de dichos derechos herenciales.

³² Artículo 1045. Primer orden sucesoral - los descendientes. Los descendientes de grado más próximo excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal".

³³ Documento: 01, páginas 43 a 93.

³⁴ Documento: 01, páginas 43 a 93.



En cuanto al beneficio de inventario, con arreglo al artículo 1304 del Código Civil *"consiste en no hacer a los herederos que aceptan, responsables de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes, que han heredado"*.

En el *sub judice*, con escritura pública 04562 de 19 de diciembre de 2017, las herederas del fallecido aceptaron la herencia con beneficio de inventario³⁵, por ende, son responsables de las obligaciones hereditarias hasta la concurrencia del valor total de los bienes heredados, circunstancia que se precisará en el numeral tercero de la sentencia apelada. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero del fallo apelado, para **DECLARAR** que los herederos determinados del causante Miguel Antonio Bueno García están obligados solidariamente a cancelar las condenas impuestas hasta la concurrencia del valor total de los bienes heredados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia. **CONFIRMAR** en lo demás la decisión.

³⁵ Documento: 01, páginas 43 a 93.



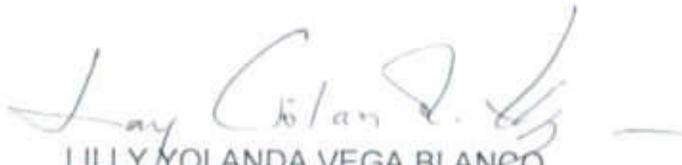
Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 011 2019 00182 01

Ord. Fernando Bueno Ramos Vi. Herederos Determinados Miguel Bueno García

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LEONARDO MOLINA
ACERO CONTRA BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la entidad bancaria convocada a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 19 de octubre de 2021¹, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

¹ Cabe precisar, que el proceso nos correspondió por reparto de 08 de abril de 2023.



El actor demandó para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, desde 26 de diciembre de 2006 que permanece vigente a la fecha, conforme al Decreto 1083 de 2015; se ordene su reintegro por ser ilegal e ilegítimo su despido, el pago de \$27'343.470.00 como perjuicios morales y psicológicos, indexación, costas, ultra y extra *petita*. Subsidiariamente, se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, con pago de salarios dejados de percibir, prestaciones sociales y demás emolumentos; en caso que no haya reintegro, se ordene la indemnización por despido injusto.

Fundamento sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para la entidad bancaria accionada de 26 de diciembre de 2006 a 26 de diciembre de 2016, mediante contrato de trabajo a término indefinido con plazo presuntivo; inició sus labores como Profesional Operativo, desempeñando varios cargos, siendo el último Profesional Universitario de Registro y Ajuste de la Dirección Nacional del Banco Agrario de Colombia S.A., con un salario final de \$3'209.000.00; la sobrecarga laboral desencadenó eventos adversos como llegar tarde al hogar y problemas a nivel familiar; con comunicación de 26 de diciembre de 2016, la Vicepresidente de Gestión Humana de la enjuiciada terminó unilateralmente el contrato de trabajo, sin justa causa, mediante oficio que no cumplía los requisitos formales para configurar la existencia de causal de terminación del contrato de trabajo; la entidad demandada omitió el pago de las indemnizaciones y, solo sufragó unos días faltantes para cumplir el plazo pactado o presuntivo; como no se han cancelado las indemnizaciones el contrato de trabajo se encuentra en ejecución; le adeudan la indemnización de perjuicios por la terminación unilateral e injusta de la vinculación laboral; la situación descrita le ha ocasionado perjuicios morales y psicológicos, ya que, tuvo cuadro depresivo agudo,



angustias, complejos, desvelo, preocupación, congoja, tristeza, desesperanza, insatisfacción y falta de apetito, dado el despido injustificado².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, el Banco Agrario de Colombia S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos admitió la existencia del contrato de trabajo, pero, aclaró que inicialmente fue a término fijo de 06 meses, luego, el 30 de junio de 2011 se modificó la duración a indefinido con plazo presuntivo, asimismo admitió el extremo temporal de iniciación, los cargos inicial y final desempeñados, así como el último salario. En su defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa para reclamar, enriquecimiento sin causa del actor, buena fe del Banco, pago y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Leonardo Molina Acero y el Banco Agrario de Colombia S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 26 de diciembre de 2006 y se prorrogó hasta 19 de diciembre de 2019, fecha en que finalizó por decisión unilateral y sin justa causa del empleado (sic); condenó a la enjuiciada a

² CD Folio 2, documento: 01, páginas 4 a 16 y 846 a 854.

³ CD Folio 2, documento: 01, páginas 868 a 880.



pagar \$15'000.000.00 por perjuicios morales como consecuencia del daño derivado de la terminación del contrato de trabajo del actor; absolvió de las demás pretensiones e; impuso costas al demandado⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el banco enjuiciado interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que no se demostró el daño moral causado al actor, tampoco la cuantía, ni la forma en que se determinó el valor, además, el daño debe ser determinable y, en el asunto no existe justificación para que se ordene indemnización por \$15'000.000.00⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó acreditado dentro del proceso, que Leonardo Molina Acero laboró para el Banco Agrario de Colombia S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido, vigente de 26 de diciembre de 2006 a 19 de diciembre de 2016, siendo su último cargo Profesional Universitario en Reconocimiento – Dirección Nacional, con un salario final \$3'209.000.00, vínculo que terminó por decisión unilateral de la empleadora, con el pago de una indemnización por \$1'176.613.00; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo⁶, las

⁴ CD folio 2, documentos: 05 y 06, audio y acta de Audiencia.

⁵ CD folio 2, documentos: 05 y 06, audio y acta de Audiencia.

⁶ CD folio 2, documento: 01, páginas 246 a 248, 615 a 617 y 881 a 883.



modificaciones contractuales⁷, las comunicaciones de cambio de cargo⁸, la certificación laboral⁹, la liquidación final¹⁰, los comprobantes de nómina de enero de 2007 a diciembre de 2016¹¹, la constancia de entrega del cargo¹², el paz y salvo¹³, el resumen de gestión de desempeño industrial de 2011 a 2017¹⁴, la descripción del cargo¹⁵ y, la carta de terminación¹⁶.

El Banco Agrario de Colombia es una Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional, sujeta al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, por ello, el demandante tuvo la calidad de trabajador oficial con arreglo a los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 34 de los estatutos de la entidad.

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

PERJUICIOS MORALES

⁷ CD folio 2, documento: 01, páginas 181, 195, 199, 217, 225, 226, 549, 563, 567, 593, 594, 884, 885, 886, 887 y 889.

⁸ CD folio 2, documento: 01, páginas 93 a 157, 200, 456 y 465.

⁹ CD folio 2, documento: 01, páginas 82 a 86, 448 a 452 y 892 a 893.

¹⁰ CD folio 2, documento: 01, páginas 298, 674 y 691.

¹¹ CD folio 2, documento: 01, páginas 336 a 378 y 714 a 754.

¹² CD folio 2, documento: 01, páginas 300 a 302 y 676 a 678.

¹³ CD folio 2, documento: 01, páginas 303 a 304 y 680.

¹⁴ CD folio 2, documento: 01, páginas 308 a 334 y 686 a 712.

¹⁵ CD folio 2, documento: 01, páginas 638 a 673.

¹⁶ CD folio 2, documento: 01, páginas 89, 454 y 890.



En punto al tema de los perjuicios morales, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la pérdida del empleo genera frustración y tristeza al ex trabajador, sin embargo, para imponer una condena por daño moral también se debe analizar la manera como el trabajador se vio afectado en su fuero interno y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente¹⁷.

Bajo este entendimiento, los perjuicios morales se pueden resarcir, cuando se pruebe que se configuró un daño para el trabajador ante una actuación reprochable del empleador que lo lesione o le origine grave detrimento no patrimonial.

Además de las documentales referidas, se aportaron al instructivo las siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada¹⁸; (ii) comunicación de 22 de marzo de 2023, en que el Banco Agrario de Colombia S.A. informó al actor que remitió el certificado laboral con los cargos y funciones que desempeñó, los desprendibles de nómina y las evaluaciones de desempeño, en cuanto a la historia clínica debía solicitarlos ante la EPS Sanitas¹⁹; (iii) reclamación administrativa de 19 de diciembre de 2019²⁰; (v) historia clínica emitida por la EPS SANITAS, en que aparece que el 16 de abril de 2016, el actor recibió atención, le recomendaron hacer pausas activas y, una vida saludable²¹ y; (vi) dictamen emitido el 13 de noviembre de 2018, por la Psicológica Carolina Páez Montilla, en que

¹⁷ CSJ, Sala Laboral, Sentencia con radicado 1715 de 12 de febrero de 2014; reiterada en sentencias 14618 de 23 de octubre de 2014, 46517 de 24 de febrero de 2016 y 42940 de 17 de octubre de 2018.

¹⁸ CD folio 2, documento: 01, páginas 18 a 77.

¹⁹ CD folio 2, documento: 01, páginas 78 a 81 y 444 a 447.

²⁰ CD folio 2, documento: 01, páginas 824 a 841.

²¹ CD folio 2, documento: 01, páginas 413 a 424 y 804 a 823.



anotó que efectuó varios exámenes psicológicos a Leonardo Molina Acero y concluyó que sufría trastorno de ansiedad generalizada con rasgos de depresión severa derivados del despido injusto del Banco Agrario de Colombia S.A., afectaciones que tienen compromiso en algunos planos profundos, ya que, no solo lo afectó de manera personal sino se extrapoló en sus relaciones familiares²².

Asimismo, se recibieron los testimonios de Jorge Tadeo Lozano Vergara²³, Pablo Cabezas Montes²⁴ y, Edgar Ospina Sierra²⁵.

Cabe precisar, que el testimonio de Edgar Ospina Sierra no ofrece a la Sala credibilidad, pues, fue contradictorio y su dicho se fundamentó en sus conceptos generales, no en circunstancias fácticas que conociera de manera directa respecto al actor, por ende, evidencia parcialidad.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que el despido injusto efectuado por el Banco Agrario de Colombia S.A. tuvo afectación moral en el demandante trascendiendo a la intimidad de su fuero

²² CD folio 2, documento: 01, páginas 380 a 412 y 755 a 812.

²³ CD folio 2, audio 2, min. 02:55, Jorge Tadeo Lozano Vergara depuso que fue compañero del demandante, el cual le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa, elaboró la liquidación del actor, quien era un profesional también del área de contabilidad.

²⁴ CD folio 2, audio 2, min. 12:14, Pablo Cabezas Montes depuso que trabajó para la enjuiciada, manifestó que no sabe cuál es la causa de terminación del contrato de Leonardo Molina Acero, ni si le pagaron indemnización.

²⁵ CD folio 2, audio 2, min. 22:35, Edgar Ospina Sierra depuso que laboró en la entidad bancaria hasta diciembre de 2022, fue compañero de trabajo del accionante, quien laboró hasta el años 2016 o 2015, no vio la carta de terminación, pero, por regla general o estándar había unas comunicaciones que no estaban ajustadas a la ley y, mencionaban unas indemnizaciones, no participó en la liquidación del contrato de trabajo del actor, pero, sabe que las indemnizaciones no estaban liquidadas conforme a la ley, posteriormente, indicó que la encargada de gestión humana le dio por terminado el contrato de trabajo al demandante, posteriormente a la terminación, habló con el convocante y éste le indicó que estaba muy mal, porque, tenía deudas, además, tenía expectativas de seguir en el banco, más cuando el testigo considera que el accionante era un trabajador impecable, además, que no le pagaban una indemnización correcta como la del plazo presuntivo.



interno causándole trastornos de ansiedad y depresión por el finiquito del vínculo laboral, además, de extrapolarse en sus relaciones familiares, como da cuenta el dictamen emitido el 13 de noviembre de 2018, por la Psicológica Carolina Páez Montilla²⁶, prueba que no fue controvertida por la enjuiciada en el momento procesal oportuno.

En este orden, existe demostración inequívoca de causación de perjuicio moral a Leonardo Molina Acero, surgiendo viable su resarcimiento.

En cuanto a su cuantificación, cumple señalar, que el monto en que se tase los perjuicios inmateriales no representa ni busca obtener una reparación económica exacta, sino mitigar de alguna manera el daño que se padece en lo más íntimo del ser humano, que no resulta estimable en términos económicos²⁷, por ello, no es dable acoger la suma establecida por la perito de \$27'343.470.00²⁸, sino que el operador judicial puede determinar un valor diferente conforme a las situaciones fácticas del asunto, como en efecto lo hizo el *a quo* al establecer los perjuicios morales en \$15'000.000.00, valor que la Sala considera ajustado a derecho.

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

²⁶ CD folio 2, documento: 01, páginas 380 a 412 y 755 a 812.

²⁷ CSJ, Sala Laboral, sentencia S1 - 5154 de 04 de noviembre de 2020.

²⁸ CD folio 2, documento: 01, páginas 380 a 412 y 755 a 812.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 003 2019 00890 01
Ord. Leonardo Molina Acero Vs. Banco Agrario de Colombia S.A.

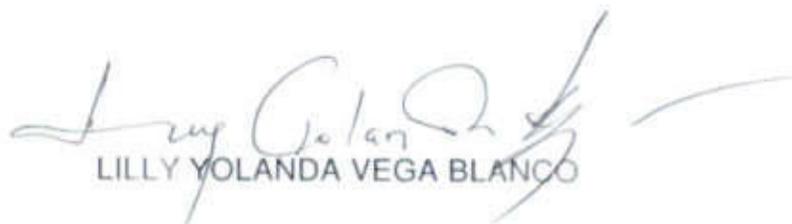
En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

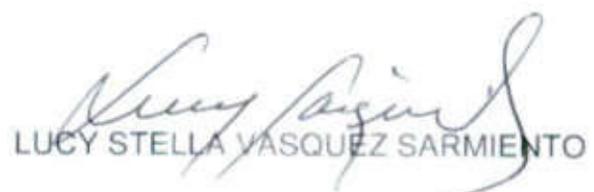
PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo apelado, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE EDNA MILENA GALEANO
CRUZ CONTRA CORVESALUD S.A.S.**

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 04 de mayo de 2022, proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



La actora demandó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, vigente de 16 de julio de 2007 a 08 de julio de 2020, que terminó por culpa imputable al empleador, en consecuencia, se le reconozca auxilio de cesantías con intereses causados de 01 de enero a 08 de julio de 2020, prima de servicios, generada de 01 de junio a 08 de julio de la anualidad en cita, vacaciones causadas de 16 de julio de 2019 a 08 de julio de 2020, moratoria, indemnización por despido injusto, indexación, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamento sus pedimentos, en síntesis, en que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la Corporación IPS Cruz Blanca, que inició el 16 de julio de 2007, en el cargo de Fisioterapeuta, contratada para cumplir horario de 48 horas semanales, con pactaron un salario de \$1.120.800.00; el 26 de noviembre de ese año, mediante otrosí se modificó el horario de trabajo de 36 de horas semanales desde 01 de diciembre de 2007 y disminuyó su asignación salarial de \$840.600.00; cumplió las órdenes impuestas por su empleadora; por cuestiones administrativas la Corporación IPS Cruz Blanca cedió el contrato a la Corporación IPS CORVESALUD – COODONTOLOGOS, luego, ésta lo cedió a la Corporación IPS SALUDCOOP y, a su vez, ésta a CORVESALUD S.A.S., efectuándose las sustituciones patronales respectivas; la enjuiciada se convirtió en titular de cada una de las obligaciones, acciones y derechos contraídos respecto del objeto principal de la prestación del servicio de salud; prestó servicios de manera personal en desarrollo de las funciones impuestas por la enjuiciada, podía delegar sus labores; la entidad imponía las condiciones y funciones que debía ejecutar, asimismo, asignaba los lugares de prestación de servicios; el 15 de septiembre de 2015, se



surtió la última sustitución de empleadores; CORVESALUD S.A.S. se hizo cargo de todas las obligaciones que tenía como empleador la Corporación IPS SALUDCOOP, recibió un salario de \$1.160.282.00, desarrollaba sus labores en la sede de Kennedy de CORVESALUD S.A.S.; el 11 de marzo de 2020, el Gobierno de Colombia decretó la emergencia sanitaria ordenando el aislamiento preventivo obligatorio para mitigar el contagio del COVID – 19, la demandada decidió anticipar las vacaciones colectivas de los trabajadores del área de terapias del centro de atención de Kennedy, de 06 de abril a 03 de mayo de 2020, con una prórroga a 31 de mayo de ese año; mediante correo electrónico CORVESALUD S.A.S. informó que reanudaría laborales a partir de 01 de junio de la anualidad en cita, estableciendo horario de trabajo de 01:00 p.m. a 06:00 p.m., de lunes a viernes, tres sábados de 08:00 a.m. a 05:00 p.m. y, dos días entre semana debía trabajar todo el día para completar las 48 horas semanales; CORVESALUD S.A.S. prestó sus servicios de diagnóstico y atención a pacientes contagiados con COVID – 19, pero, no implementó protocolos de bioseguridad para la mitigación del contagio del virus COVID – 19, tampoco adoptó el plan de acción para la prestación de servicios de salud durante las etapas de contención y mitigación de la pandemia, no capacitó a los trabajadores sobre el protocolo de bioseguridad, uso y manejo de los elementos de protección personal para la reapertura de la sede Kennedy, ni implementó los lineamientos de *kit* de elementos básicos de protección para el personal de salud, tampoco dotó con *kits*, solo entregó un tapabocas, un vestido y una bata desechable, con la instrucción que dichos elementos debían ser utilizados hasta por una semana, tampoco los capacitó sobre el uso y manejo de los elementos de protección personal, no informó sobre la implementación de la desinfección de los espacios de las instalaciones del centro médico, ni entregó los



elementos para limpieza y desinfección de consultorios, baños, cafeterías, sala de espera y recepción; la Doctora Laura Cruz limitó la entrega de elementos de protección personal, pues, el contagio y la exposición en el área de terapias era mínima, la coordinación de terapias de la convocada informó al personal médico que debía economizarle a la entidad los costos de los elementos de protección personal; no exigió ni brindo instrucciones con base en el protocolo de bioseguridad para el ingreso de los trabajadores, tampoco delimitó el uso de espacios comunes como la cafetería y los baños, ni impuso control en la cantidad de personas que ingresaban al centro médico, no hacía seguimiento de la toma de temperatura, ni los síntomas al paciente, lavado de manos o uso de tapabocas, decidió que los pacientes clasificados como posibles casos de contagio de COVID – 19 eran atendidos en el último piso del edificio, aumentando el riesgo de contagio; tuvo que poner a disposición de la empleadora su línea personal y plan móvil de telefonía para desarrollar sus funciones al atender alrededor de 60 pacientes por tecllamadas para la reprogramación de consultas presenciales por tratamientos de fisioterapia; CORVESALUD S.A.S. solo entregó un celular al área de terapias; la empleadora le concedió licencia no remunerada a partir de 09 de junio de 2020, debido a que su hija menor de 03 años presentaba problemas respiratorios y se encontraba en tratamientos por neumología pediátrica, situación que conocía su jefe inmediato Laura Cruz; la sede de Kennedy tuvo que cerrar por cuanto la trabajadora Teresa Bermúdez dio positivo en la prueba de COVID – 19, además, se remitió a los demás trabajadores a la EPS para la toma de prueba; el 22 de junio de 2020, CORVESALUD S.A.S. confirmó 08 casos positivos en sus trabajadores, con los que ella tuvo contacto; solicitó a la Gerente de la accionada Liliana Prieto información de su remisión para la toma de



prueba de COVID – 19, sin obtener respuesta, acudió a su EPS SANITAS reportando resultado negativo; el 24 de junio de 2020, la Coordinadora de Nómina le negó la licencia no remunerada, pese, a la orden de su jefe inmediata quien la había confirmado de 08 de junio a 08 de julio de ese año; ante los inconvenientes presentados con la negativa de la licencia no remunerada solicitada por la enfermedad de su menor hija y los casos positivos por COVID 19 de la sede de Kennedy, se vio obligada a renunciar de manera motivada; el 08 de julio de 2020 CORVESALUD S.A.S. aceptó la renuncia, pero, no le ha cancelado la indemnización por despido injusto, ni la liquidación final¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, CORVESALUD S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos admitió la cesión del contrato de trabajo entre la Corporación IPS SALUDCOOP y CORVESALUD S.A.S., convirtiéndose ésta sociedad en titular de las obligaciones que tenía como empleador la Corporación IPS SALUDCOOP, el desarrollaba de funciones de la actora en la sede de Kennedy, la prestación de servicios de manera personal por Galeano Cruz para cumplir las funciones impuestas, labores que no podía delegar, la imposición de condiciones y funciones que debía ejecutar la demandante, la asignación de los lugares de prestación de servicios, la declaratoria de emergencia sanitaria, la anticipación de vacaciones de la convocante, la reanudación de labores desde 01 de

¹ CD folio 2, carpeta 01, documento 01.



junio de 2020 y, el horario asignado. En su defensa propuso la excepción de hecho superado².

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Edna Milena Galeano Cruz en calidad de trabajadora y CORVESALUD S.A.S. en condición de empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente de 16 de julio de 2007 a 08 de julio de 2020, *"periodo en que la demandante percibió un salario de \$1'085 400.00"* y se desempeñó como Fisioterapeuta; condenó a la enjuiciada a pagar a la actora vacaciones debidamente indexadas y moratoria de 09 de julio de 2020 a 28 de enero de 2021; absolvió a la convocada a juicio de las demás pretensiones; declaró no probada la excepción propuesta e; impuso costas a CORVESALUD S.A.S³.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la convocante a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que procede el pago de las primas de servicios de 01 de junio a 08 de julio de 2020, pues, el artículo 51 numeral 4 del CST (sic) dispone cuáles son los efectos de la suspensión de los contratos de trabajo determinando que no se contabilizará para sufragar auxilio de cesantías y vacaciones,

² CD folio 2, carpeta: 04, documento: 01.

³ CD folio 2, Documentos: 13 y 14.



pero, no para las primas de servicios, aun si se acoge la teoría del juez de primer grado se debía haber pagado por los menos 08 días correspondientes a la prima causada de 01 a 08 de junio de 2020, en este orden, se le adeuda esta prestación legal, que conlleva una mora que conforme al artículo 65 del CST se debe modificar para condenar a cancelar la sanción moratoria por un salario diario por dos años más los intereses moratorios, no solo hasta el 28 de enero de 2021; en adición a lo anterior, procede la indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador, en el entendido que no regresó a laborar al finalizar la licencia no remunerada para 08 de julio de 2020, porque, de manera anticipada presentó la carta de renuncia y los argumentos que alegó se probaron dentro del proceso como fue la condición de salud de su hija y la falta de aplicación de los protocolos de bioseguridad, además, si bien se aportaron unos protocolos nunca se evidenció que se aplicaran a la accionante, por ende, en ese momento de la pandemia ella no podía correr riesgo de afectar a su hija, quien tenía una comorbilidad y podía causarle la muerte, por eso decidió renunciar⁴.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que entre Edna Milena Galeano Cruz y CORVESALUD S.A.S. existió un contrato de trabajo de duración definida vigente de 16 de julio de 2007 a 08 de julio de 2020, en que aquella desempeñó el cargo de Fisioterapeuta, con un último salario básico de \$1.188.254.00, vinculación que la trabajadora

⁴ CD folio 2, Documentos: 13 y 14.



terminó alegando causas imputables al empleador; situaciones fácticas que se coligen del contrato de trabajo suscrito por las partes⁵ y, su *otros*⁶, las certificaciones laborales⁷, las afiliaciones al sistema de seguridad social integral⁸, la renuncia de la trabajadora⁹ y su aceptación por la empleadora¹⁰, la liquidación final¹¹, la certificación de pago de auxilio de cesantías de 2015 a 2019¹² y, la constancia de pago de aportes a seguridad social integral de 2015 y 2019¹³.

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

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

En punto al tema del despido indirecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que obedece a una conducta consciente del trabajador con el objetivo de terminar el contrato de laboral por justa causa imputable al empleador. Así, el prestador de servicios subordinados finaliza el nexo contractual, para lo cual debe informar en la comunicación respectiva, los hechos o causales en que

⁵ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 12 a 16.

⁶ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, página 18.

⁷ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 17, 19, 22.

⁸ CD folio 2, carpeta: 04, documentos: afiliaciones y certificaciones de Cruz Blanca EPS, PORVENIR S.A., ARI Solivary y COMPENSAR.

⁹ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 35 a 41.

¹⁰ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 42 a 44.

¹¹ CD folio 2, carpeta: 04, documento: liquidación.

¹² CD folio 2, carpeta: 04, documento: certificación cesantías.

¹³ CD folio 2, carpeta: 04, documento: constancia aportes.



incurrió el patrono, que configuran justas causas legales para el rompimiento del vínculo¹⁴.

Bajo este entendimiento, para que el despido indirecto produzca efectos legales es necesario comunicar al empleador de manera clara y precisa los motivos de terminación, entonces, corresponde al trabajador demostrar que informó a su empleador las causas de terminación, la existencia de los motivos alegados y, que éstos constituyen justa razón de desvinculación¹⁵.

En ese sentido, la Sala se remite a lo expuesto el 08 de julio de 2020 por Edna Milena Galeano Cruz en su carta de renuncia¹⁶:

"me permito presentar mi carta de renuncia al cargo que vengo desempeñando como FISIOTERAPEUTA, terminando el contrato de trabajado (sic) celebrado con esta compañía con justa causa imputable a CORVESALUD SAS.

Lo anterior, toda vez que CORVESALUD SAS, en calidad de mi empleador, ha venido incumpliendo de manera reiterada sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, con las Resoluciones N° 502 sobre los lineamientos para la prestación de servicios de salud durante las etapas de contención y mitigación de la pandemia y Resolución 536 de 2020, por el cual se adopta el plan de acción para la prestación de servicios de salud durante las etapas de contención y mitigación de la pandemia así como los lineamientos establecidos por el ministerio de protección social, en los siguientes términos:

HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA RENUNCIA

1. Como consecuencia de la pandemia mundial del COVID – 19, declarada el día 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de

¹⁴ CSI, Sala Laboral, sentencia SL1352 de 20 de abril de 2020.

¹⁵ CSI, Sala Laboral, sentencias SL1628 de 16 de mayo de 2018, SL3901 de 12 de septiembre de ese año, SL4691 de 10 de octubre de 2018 y SL1682 de 18 de mayo de 2019.

¹⁶ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 35 a 41.



la Salud – OMS, el Gobierno Nacional de Colombia decreto la emergencia sanitaria ordenando el aislamiento preventivo obligatorio para mitigar el contagio de este virus, por lo que CORVESALUD SAS decidió anticipar a los funcionarios del área de Terapia del centro de atención de Kennedy vacaciones colectivas anuales desde el 6 de abril hasta el 3 de mayo de 2020, con una prórroga a la misma hasta el 31 de mayo de 2020.

2. Una vez culminadas las vacaciones colectivas en mención, mediante una llamada telefónica grupal de mi jefe inmediato Laura Cruz el día 1 de junio de 2020 a las 5:34 pm informo al área de terapias de la cual yo hago parte, la reanudación de labores a partir del 2 de junio de 2020 en el horario de 7:00 am a 1:00 pm y tres sábados de 8:00 am a 5:00 pm para dar cumplimiento a las 36 horas semanales contadas, sin embargo la empresa no implementó los protocolos de bioseguridad para la mitigación de contagio del virus COVID – 19, a la apertura de la sede de atención de Kennedy y al momento de mi reintegro, ya que incumplió con:
 - 2.1. No implemento las Resoluciones N° 502 y 536 de 2020, que establecen los lineamientos para la prestación de servicios de salud..
 - 2.2. No implemento los lineamientos para kit de elementos básicos de protección para el personal de la salud expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.
 - 2.3. No me capacitó sobre el uso y manejo de los elementos de protección personal a los trabajadores de las áreas que conforman la sede, como tampoco dio información acerca de implementación de la desinfección de los espacios de las instalaciones del centro médico...
 - 2.4. No me suministró los elementos de protección adecuados para la atención de los pacientes de manera presencial...
 - 2.5. El día 5 de junio de 2020 se tenían pacientes presenciales en el área de terapias que se habían programado en el transcurso de la semana por tele – llamada, por lo cual ese día de forma autónoma junto a las demás terapeutas se pregunta al analista administrativo de la sede Kennedy ya que no había ninguna directriz por parte de la coordinadora Laura Cruz sobre acceso de EPP, la forma, el uso, la duración, ni conocimientos de protocolos de bioseguridad ese día por llamada telefónica la coordinadora Laura Cruz se comunica con el grupo de terapeutas indicando que se había enterado que habíamos solicitado los EPP, además de que el personal de terapias no debía solicitar caretas, tapabocas N 95, al igual que los desechables pero en caso de uso de los desechables debían ser utilizados por 8 días...
 - 2.6. La sede de Kennedy no impartió las directrices acerca del ingreso del personal tanto médico como del resto de personal que hace parte de la misma sede, tampoco fijó el adecuado ingreso de los pacientes ya que no exigió ni brindo información sobre las medidas de prevención del contagio del COVID – 19...



- 2.7. Los pacientes clasificados como posibles casos de contagio positivo del virus COVID – 19 no eran aislados e identificados una vez ingresaban a las instalaciones de la sede...
- 2.8. Para el desarrollo de las funciones de los 5 terapeutas de la jornada de la mañana, solo entregó una línea móvil de comunicación para la atención de consultas por medio de tele – llamadas y para la reprogramación de consultas presenciales para tratamientos de fisioterapia, teniendo que utilizar por parte de los funcionarios nuestras líneas personales para cumplir con esta tarea.
3. El día 17 de junio de 2020, la señora Teresa Bermúdez quien forma parte de servicios generales de la sede Kennedy le fue confirmado como caso positivo del virus COVID – 19, situación por la cual el centro de atención médica fue cerrado...
4. Es importante resaltar el mal manejo que se le dio al caso positivo de la señora Teresa Bermúdez, durante el tiempo que yo desarrollé mis labores en las instalaciones de CORVESALUD SAS sede Kennedy desde el día 2 de junio de 2020 hasta el 8 de junio de 2020, por cuanto el día 3 de junio ella me manifiesta que se retira de las instalaciones porque se sentía mal, regresando el día 5 de junio argumentando que se encuentra mejor de salud y que solo sea (sic) un resfriado, continuando sus labores sin los elementos de protección personal adecuados...
5. Al encontrarme en la licencia no remunerada desde el 9 de junio de 2020, no recibí información alguna de ningún personal administrativo o jefe inmediato Laura Cruz sobre el protocolo de toma de examen por COVID – 19, teniendo en cuenta que tuve contacto estrecho con varios compañeros que dieron positivos al covid (sic) – 19 por más de 5 días continuos, me vi en la necesidad de solicitar información al respecto con la Gerente Liliana Prieto por correo electrónico, ya que NO me incluyeron dentro del sesgo epidemiológico, ni recibí directrices en cuanto a lo toma de la prueba, ni me informaron sobre los lineamientos tomados por la empresa.
6. No me informaron de la novedad presentada en mi lugar de trabajo en donde yo era un posible caso sospechoso de COVID – 19, poniendo en un posible peligro la vida de mi hija, toda vez que es una niña menor de edad con pre – existencias...
7. Al no recibir ningún comunicado sobre la situación expuesta de parte de mi jefe inmediato o personal administrativo, decidí de manera autónoma tomarme la prueba del COVID – 19 por la EPS seguir los lineamientos de incapacidad médica que me indicó mi EPS, de todo lo anterior vía correo electrónico notifiqué a la Gerente, posteriormente reporté mi caso ante la ARL Seguros Bolívar ya que la entidad al 23 de junio de 2020 no reportó mi estado de salud a la ARL Seguros Bolívar.
8. Para la semana del 22 de junio de 2020 al 27 de junio de 2020 se confirmaron 9 casos positivos de compañeros de trabajo con los que tuve con todos contacto...
9. No obstante, el 24 de junio de 2020 la Coordinadora de nómina Alexandra Perilla, contestó de manera negativa mi segunda solicitud de licencia no remunerada por un tiempo de tres meses, sin tener en



Tribunal Superior (Bogotá)
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2020 00502 01
Ord. Edna Milena Galeano Cruz Vs. Corvesalud S.A.S.

cuenta la justificación de mi solicitud, y sin haber tramitado ante gerencia la misma como lo solicité, tampoco se tuvo en cuenta las actuales condiciones por la pandemia COVID – 19.

Como se puede observar de los hechos descritos anteriormente CORVESALUD SAS, al ordenarme la reactivación de mis labores el día 2 de junio del 2020, sin el cumplimiento de las normas en materia de SST, de las Resoluciones N° 502 y 536 de 2020 que establecieron los lineamientos para la prestación de servicios de salud durante las etapas de contención y mitigación de la pandemia, los protocolos de bioseguridad en las instalaciones del centro médico para la atención al público y el desarrollo de las funciones del personal de la sede de Kennedy, y las anomalías presentadas con la organización administrativa acerca de la dotación de los elementos de protección personal... de igual manera la negativa de extender la prórroga de la licencia no remunerada solicitada por tres meses, con el objetivo de evitar el contagio por el estado de salud de mi hija y evidenciado que mi empleador no ha acatado los lineamientos del ministerio de Salud para disminuir la exposición de sus trabajadores...

Debido a lo anterior, el incumplimiento de las diferentes obligaciones de manera sistemática por parte de mi empleador CORVESALUD SAS he decidido la terminación de mi contrato de trabajo con Justa causa imputable a mi empleador"

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la enjuiciada¹⁷; (ii) cesión del contrato de trabajo con efectos de sustitución patronal entre la Corporación IPS SALUDCOOP y CORVESALUD S.A.S., suscrito el 15 de septiembre de 2015, en que se acordó la cesión del contrato de trabajo de la demandante a partir de 01 de octubre siguiente, siendo obligación del cesionario reconocer y pagar todos los derechos de carácter laboral¹⁸; (iii) solicitud de 01 de junio de 2020, en que la actora petitionó a la empleadora licencia no remunerada de 02 de junio a 31 de agosto de esa anualidad, en tanto, su hija Sara González Galeano de 04 años de edad, había presentado episodios de enfermedad respiratoria y, en ese momento tenía

¹⁷ CD folio 2, carpeta 01, documento 02, páginas 1 a 9.

¹⁸ CD folio 2, carpeta 01, documento 02, páginas 20 a 21.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2020 00502 01
Ord. Edna Milena Galeano Cruz Vs. Corvesalud S.A.S.

tratamiento en neumología pediátrica, por lo cual, requería de todos los cuidados y precauciones más aun por la emergencia sanitaria a nivel mundial por la pandemia del COVID - 19¹⁹; (iv) comunicación de 05 de junio de 2020, en que la Coordinadora de Nómina de CORVESALUD S.A.S. concedió la licencia no remunerada peticionada de 08 de junio a 07 de julio de ese año²⁰; (v) oficio de 24 de junio de 2020, en que la accionada informó a Galeano Cruz que no era posible otorgarle la licencia no remunerada por todo el tiempo solicitado dada la prestación de calidad del servicio, por ende, como se le notificó el 08 de junio, después de la jornada de su trabajo, su licencia iba de 09 de junio a 07 de julio y, si deseaba una licencia mayor debía haberla solicitado con un mayor tiempo de anticipación²¹; (vi) historia clínica de 24 de junio de 2020, en que se realizó chequeo preventivo a la actora y concluyó que podía reintegrarse de la licencia no remunerada²²; (v) formatos de entrega de los elementos de protección personal, en cuyos términos la accionante los recibió los días 05 y 08 de junio de 2020²³; (v) protocolo para la atención en el servicio de terapias ante la pandemia de COVID – 19, de 14 de mayo de esa anualidad²⁴; (vi) presentación para uso de elementos de protección personal y atención a los pacientes positivos o, asintomáticos de COVID - 19²⁵ y; (vi) correos electrónicos de 18 de junio de 2020, en que la accionante solicitó a la enjuiciada le informara las medidas a tomar por el cierre de la sede y para que le practicaran el examen correspondiente²⁶.

¹⁹ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, página 23

²⁰ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, página 24.

²¹ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 28 a 30.

²² CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 31 a 34.

²³ CD folio 2, carpeta: 04, documento: entrega EPP.

²⁴ CD folio 2, carpeta: 04, documento: manual de bioseguridad.

²⁵ CD folio 2, carpeta: 04, documento: presentación.

²⁶ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 25 a 27.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 018 2020 00502 01
Ord. Edna Milena Galeano Cruz Vs. Corvesalud S.A.S.

Se recibieron los interrogatorios de parte del Representante Legal de CORVESALUD S.A.S.²⁷ y, de Edna Milena Galeano Cruz²⁸; así como

²⁷ CD Folio 2, audio receso, min. 04:17, Edgar Eduardo Pinto Hernández, Representante Legal de Corvesalud S.A.S. dijo que no es cierto que no se hayan implementado protocolos de bioseguridad, pues, como una entidad de salud están siendo estrechamente vigilados y debían cumplir con la implementación de bioseguridad según los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud y la Secretaría de Salud, así como la atención de los pacientes, lo cual se hizo constar por escrito, tanto con la recepción de los elementos de protección personal como la entrega, atendiendo los lineamientos que habían no atendieron en la primera etapa, sino que les pidieron que cerraran todo, luego, en la medida que el Gobierno Nacional y la Alcaldía expedían normas, se adecuaron a ellas para la prestación del servicios; a la convocante se le dio capacitación del uso de los elementos de protección personal conforme a las instrucciones que se dieron a través de la Gerencia General, se impartieron las directrices generales a nivel central y cada una de las sedes para que se hicieran las reuniones necesarias, pero, no tiene un documento o grabación que permita acreditar que se dio capacitación a todos los funcionarios, no recuerda la fecha exacta en que adoptaron los lineamientos del Gobierno Nacional; se entregaron elementos de protección personal no solo por parte de la sociedad enjuiciada, sino por la ARL, incluso dotaron al personal, pese a que los implementos se triplicaron o cuadruplicaron su valor, por lo que, destinaron los recursos que fueron necesarios para comprar absolutamente todo y se le suministraron a los diferentes trabajadores, se entregó los elementos necesarios para el aseo conforme a los lineamientos del Gobierno Nacional, si el paciente presentaba síntomas, se utilizaban determinados elementos e insumos, no es cierto que se haya dado la instrucción de utilizar los elementos de protección personal por una semana, porque, había un protocolo que indicaba que se podía usar y cada cuánto se debía cambiar, entonces, no hubo restricción alguna sobre todo cuando el número de implementos superaba el número de funcionarios y los días de atención, además, la única instrucción al respecto, era si había un paciente con síntomas, se debían cambiar todos los elementos; cuando llegaban los pacientes se le tomaba la temperatura y los funcionarios debían contar con los elementos de protección personal para poder brindar los servicios, asimismo, debían portar tapabocas, también se limitó el aforo, se permitió solo el ingreso de los pacientes y se inhabilitaron sillas para que hubiera distancia entre ellas, de acuerdo con los lineamientos del Gobierno, igualmente, se delimitaron algunos espacios con cintas reflectivas, adicionalmente, la Secretaría de Salud realizó visitas para constatar el cumplimiento de los lineamientos y protocolos, de lo contrario ordenaba el cierre, lo cual no ocurrió, la sede de Kennedy cerró en junio de 2020, ya que, la Secretaría de Salud del Distrito restringió la atención una vez se confirmara más de un contagio, entonces, cerraron esa sede, así como otras, la situación era muy compleja para asegurar que no hubiera contagio, pues, las personas tienen un entorno propio tanto familiar como social, entonces, al tener un resultado positivo, se cerraba la sede y se establecían los contactos frecuentes para hacerles prueba; hubo más de un contagio, no recuerda el mes, pero, los casos reportados eran atendidos conjuntamente con la ARL, a la demandante se le concedió una licencia no remunerada que fue solicitada el 01 de junio de 2020, la cual prorroguó hasta el 31 de agosto, sin embargo, efectuadas todas las evaluaciones del caso se le concedió por un mes, fue imposible prorrogarla por más tiempo, dado que se estaban reabriendo servicios y la atención era desbordada, desconoce si la actora prestó sus servicios con posterioridad a la licencia no remunerada, ni cuando presentó la renuncia, pero, aclara que se le pagó la liquidación en enero de 2021, en tanto, fueron incluidas en la Resolución 4344 de 2019, esto es, se limitaba el giro de recursos de algunas entidades de salud, entonces, se tenía que postular el pago y el auditor de la Superintendencia Financiera revisaba el pago y daba un visto bueno, lo cual retrasaba los pagos entre dos, tres o cuatro meses y, ahorrta con la liquidación, en la medida que entran pagos tratan de cumplir con las obligaciones.

²⁸ CD Folio 2, audio receso, min. 41:36, Edna Milena Galeano Cruz señaló que hubo tres sustituciones patronales; ella estaba vinculada desde 07 de julio de 2007, desempeñaba el cargo de Fisioterapeuta en consulta externa, al principio estuvo en la sede de la Calle 80, luego, en Kennedy, su superior inmediato era Laura Cristina Cruz Mora, a través de la que recibía lineamientos y le daba apoyo en actividades administrativas, Laura era la encargada de entregar los elementos de protección personal, no sabe de que se componían, porque, nunca le dieron capacitación, ni les entregaron los protocolos después de las vacaciones colectivas, las cuales fueron como el 01 de abril a 01 de junio de 2020, esas vacaciones fueron establecidas por la empresa atendiendo el COVID - 19, una semana después del ingreso de vacaciones, como el 08 de junio, solicitó la licencia no remunerada, en tanto, su hija presentaba muchas enfermedades respiratoria y, tratamientos por neumología, le fue aceptada por 30 días, aceptó que le entregaban tapabocas en el primer piso en enfermería los primeros cuatro días y el último día solicitó los elementos de protección personal, le entregaron una bata y tapabocas, su jefe les comunicó que los elementos debían durarles 08 días, no debían botarse y se guardaban en una bolsa Ziploc y se guardaban en una bodega médico quirúrgica en donde se encontraban todos los elementos de aseo y desinfección; desde el principio solicitó una licencia por tres meses, pero, solo le dieron 30 días, le respondieron después que no se ampliaba; ella no volvió a ingresar a ejercer sus funciones después de la licencia, sino que pasó la renuncia, porque, se ponía en riesgo su vida y la de su hija, ya que, no había un protocolo establecido; no se socializó ningún protocolo, ni cómo se usaban los elementos de protección personal; realizó sus funciones durante 08 días, en ese lapso utilizó tapabocas y los implementos que traía como gorrito y batas, en esos días atendió pacientes, requirió a su jefe inmediata Laura Cruz para la entrega de elementos de protección personal, eso fue como el último día que fue como un viernes, le dieron una bata y, la jefe les llama la atención, les indicó que fisioterapia no tenía un riesgo alto para contagio COVID - 19; el tapabocas se lo entregaban a diario; pero, la bata y el n. 95 y el pantalón y todo lo que eran los elementos quirúrgicos que eran desechables, debíamos guardarlos en una bolsa Ziploc porque debían ser utilizados por 8 días, de lunes a jueves solo utilizó tapabocas y el viernes si les dieron los demás elementos; el lunes siguiente, ella entró a licencia, que se terminaba el 08 de julio de 2020 y, presentó la renuncia un día antes el 07 con fecha del 08, pasó la renuncia antes de terminar la licencia, a través de correo electrónico, estuvo en su casa con su hija durante la licencia, porque, estábamos en confinamiento; se enteró de los incumplimientos en el suministro de elementos de protección personal por llamadas telefónicas e, incluso supo del caso de Teresa Bermúdez, quien era la señora de servicios generales y tenía COVID - 19, pero, la empresa omitió llamarla o llamar a sus compañeras para tomar las pruebas, pues, todos tenían contacto con la señora, incluso cuando ella se enteró ya estaba en licencia, por lo que, se practicó el examen y salió negativa, desconoce la razón de la demora en el pago de su liquidación final.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2020 00502 01

Ord. Edna Milena Galeano Cruz V. Corvesalud S.A.S.

los testimonios de Lina Rocío Valencia Hidalgo²⁹ y Laura Cristina Cruz Mora³⁰.

²⁹ CD Folio 2, audio receso, min. 01:05:48, Lina Rocío Valencia Hidalgo es fisioterapeuta, depuso que fue compañera de trabajo de la actora en CORVESALUD S.A.S., también demandó a la enjuiciada, porque, también renunció por el incumplimiento de las normas de bioseguridad; conoce a Galeano Cruz desde el 2013, cuando la testigo llegó a trabajar a CORVESALUD S.A.S., fueron compañeras de la misma sede en las Américas, luego, en la calle 80 y, a lo último en Kennedy; las medidas que implementó la empresa en razón de la pandemia de COVID - 19, fue que les dio vacaciones colectivas, dos ciclos, finalizados, ingresaron a trabajar nuevamente, tenían que usar tapabocas tradicional, de los convencionales, esa fue la inducción que les dieron y ya, empezaron a atender pacientes, cuando regresaron, la demandante laboró más o menos 03 semanas, pero, no recuerda exactamente o, más o menos 02 semanas, después tuvo una licencia no remunerada, la deponente también pidió licencia, porque, tenía a su mamá con hipertensión, asma y diabetes, entonces, no quería exponerla; el mismo día que ella empezó su licencia, empezó la de la actora, esto es, 08 de junio de 2020 o, hubo una diferencia de un día algo así, pero, fue al mismo tiempo, ambas solicitaron licencia por más tiempo, pero, solo les aprobaron un mes, la deponente se reincorporó a trabajar después de la licencia y hay si renunció, la convocante no se reincorporó luego de la licencia, la testigo no asistió a las instalaciones de la enjuiciada durante su período de licencia, desconoce si se adoptaron medidas de bioseguridad durante el período de licencia, tiene entendido que adoptaron las medidas después de que ellas renunciaron, no hubo capacitación que la enjuiciada le haya brindado a la accionante para la implementación de los protocolos de bioseguridad, después de que la deponente se reincorporó; al momento de ingresar de las vacaciones, CORVESALUD S.A.S. suministró a Edna Milena Galeano Cruz tapabocas convencional y bata desechable, ésta para uso de varios días, se guardaban en un locker en una bolsa, esa fue la indicación que les dieron; la deponente no vio que le tomaran la temperatura a los pacientes o a los trabajadores en el período que laboró entre vacaciones y su licencia; no les hacían encuestas de bioseguridad, tiene entendido que la enjuiciada hacía pruebas COVID - 19 en el cuarto piso, no había un protocolo para tomar las pruebas, la ARI, tampoco dio capacitación alguna, no había señalamiento o, distanciamiento cuando ellos llegaron; no tiene conocimiento si se adoptó algún protocolo sobre el aforo de ingreso en junio de 2020, hubo una persona de servicios generales dio positivo y estuvo en UCI y hubo como 08 casos más de trabajadores de la IPS, después cerraron unos días, porque, hubo varios contagios, lo cual se enteró por una compañera, la compañía accionada no les dio una comunicación, ni indicación de tomar una prueba, pese a que habían estado con algunas personas que dieron positivo.

³⁰ CD Folio 2, audio receso, min. 01:40:38, Laura Cristina Cruz Mora manifestó que es la Coordinadora de Terapias de la enjuiciada, conoce a Galeano Cruz desde 2014, porque, ella se desempeñaba como Fisioterapeuta de Consulta Externa en el Centro de Terapias de las Américas, la deponente era la coordinadora del área de terapias, la accionante trabajó hasta 2020, la última sede fue la IPS Kennedy; la enjuiciada adoptó lineamientos para mitigar los riesgos de la pandemia, inicialmente, creó una matriz para COVID - 19, que estaba ajustada con todos los lineamientos que generaba la OMS y el Ministerio de la Protección Social de Colombia, pues, se encontraban todos los elementos de protección personal que deberían utilizar cada uno de los funcionarios de acuerdo al riesgo de exposición, adicionalmente, todos los formatos en los que se debía notificar y se debía registrar la entrega y el uso adecuado de estos, adicionalmente, se crearon filtros que estaban en la plataforma, que es el sistema informativo, en el que los funcionarios reportaban diariamente si tenían alguna sintomatología, si tenían sus elementos de protección personal completos y, notificaban cualquier novedad de COVID - 19, así fuera por contacto, también habían unos filtros para que los pacientes se dirigieran si tenían sintomatología respiratoria, eran dirigidos a un consultorio de aislamiento; los funcionarios entraban con su vestimenta, pasaban a sus lockers y se cambiaban, se colocaban los elementos de protección personal, que debían reclamar en el área de enfermería y, en el egreso debían retirar los elementos y los debían depositar en unas canecas rojas que estaban demarcadas y ellos sabían que debían lavar la ropa con la que llegaban, así como lavado de manos y los protocolos de asepsia, también se viralizó el manual de bioseguridad, se les entregaba una bolsa negra para que los trabajadores pudieran guardar la ropa de cambio y no tuviera contacto; se generaron protocolos para las áreas comunes y de bienestar con cada uno de los avisos; esos eran los lineamientos generales de la empresa, no pudo constatar personalmente que protocolos aplicaron en la sede de Kennedy, porque, en febrero de 2020 le asignaron la sede Sur, entonces, ella entregó todo a la nueva líder, pero, sabe que los lineamientos eran generales para todas las sedes, los generaban talento humano a través del programa de seguridad y salud en el trabajo para todas las sedes, entonces, se reunían a través de la plataforma con todos los coordinadores y cada coordinador era el encargado de socializarlo e implementarlo, con el apoyo de la líder de seguridad y salud en el trabajo, la demandante presentó queja, porque, no estaban de acuerdo con el reintegro eso fue como mayo más o menos, porque, se rehusaba a volver, cuando tenían que asistir a retomar las labores después de casi dos meses y medio; el Grupo de Terapia fue el primero en irse a casa y prácticamente el último en reintegrarse, pero, la accionante se rehusaba a reincorporarse, no recuerda sobre que elementos de protección personal se quejaban, pero, según la matriz de los elementos de protección personal para las fisioterapeutas, ellas tenían todo el kit completo desde la bata quirúrgica, el respirador, N 95, guantes, gorros y vestido desechables, entonces, había un formato de entrega que se hacía firmar diariamente cuando ellas reclamaban, porque, eso también era parte de la responsabilidad del funcionario reclamar y usarlos correctamente; los elementos de protección debían cambiarse a diario en los funcionarios de alto riesgo, a la demandante se le suministraron, desconoce la periodicidad, pues, no era la coordinadora del convocante, la deponente no era la encargada de hacer la entrega la dotación de la accionante, sabe que Edna Milena Galeano Cruz no quería reintegrarse, porque, solicitó una licencia, posterior a las vacaciones, ella no quería reintegrarse, ya que, tenía una niña menor, la sabe porque vio la solicitud de licencia, porque, la coordinadora de talento humano se apoyó en la testigo para poder evaluar las condiciones de cada una de las funcionarias, no vio capacitación alguna, ni actas de entrega de elementos, pues, eso le correspondía a cada coordinadora.



Pues bien, los medios de persuasión reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten concluir que atendiendo la emergencia sanitaria que causó la pandemia de COVID – 19 desde 12 de marzo de 2020, CORVESALUD S.A.S. decidió conceder vacaciones anticipadas a sus trabajadores, entre ellos, a Edna Milena Galeano Cruz, descanso remunerado que finalizó el 01 de junio de esa anualidad, según se colige de los testimonios de Lina Rocío Valencia Hidalgo y, Laura Cristina Cruz Mora, así como del interrogatorio de parte de la actora, adicionalmente, en la calenda de reincorporación la trabajadora solicitó a su empleadora licencia no remunerada de 02 de junio a 31 de agosto de 2020, porque, su hija Sara González Galeano de 04 años de edad, padecía problemas respiratorias requiriendo de todos los cuidados y precauciones durante la emergencia sanitaria, licencia no remunerada concedida de 09 de junio a 07 de julio de esa anualidad y, renunció el día que debía regresar de su licencia, como dan cuenta la solicitud de licencia no remunerada³¹, la comunicación de 05 de junio de 2020³² y, el oficio de 24 de junio siguiente³³.

En este orden, Edna Milena Galeano Cruz laboró de 01 a 08 de junio de 2020, ahora, los días 05 y 08 de los referidos mes y año, la empleadora le dio los elementos de protección personal³⁴, como lo aceptó la demandante en su interrogatorio de parte, en tanto, dijo que le entregaban tapabocas convencional diariamente y, el último día recibió tapabocas N – 95 y bata.

³¹ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, página 23.

³² CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, página 24.

³³ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 28 a 30.

³⁴ CD folio 2, carpeta: 04, documento: entrega EPP.



Adicionalmente, COVERSALUD S.A.S. había emitido protocolo para la atención en el servicio de terapias debido a la pandemia de COVID – 19 desde 14 de mayo de esa anualidad³⁵ y, cumplió los lineamientos del Gobierno Nacional y de la Secretaria Distrital de Salud para la contención y mitigación del contagio del virus COVID – 19, publicando los protocolos para el uso de los elementos de protección personal en la plataforma de la entidad a la que todos los empleados tenían acceso, como lo narró la deponente Laura Cristina Cruz Mora.

Siendo ello así, la convocada cumplió los protocolos de bioseguridad que había para ese momento y, entregó los elementos de protección personal a la accionante, sin que ésta pueda alegar falta de aplicación de la resoluciones emitidas por el Gobierno Nacional, en tanto, cuando solicitó la licencia no adujo incumplimiento alguno de la convocada, simplemente arguyó que no quería poner en riesgo a su hija, además, estuvo en licencia no remunerada durante un mes, vencido el cual no se reincorporó a laborar situación que le impidió conocer de manera directa y personal si COVERSALUD S.A.S. cumplió o no las medidas de contención y mitigación, circunstancia que también fue manifestada por la testigo Lina Rocío Valencia Hidalgo, quien indicó que desconocía los protocolos que fueron aplicados por la entidad, pues, también estuvo de licencia no remunerada.

Ahora, el segundo motivo aducido por la demandante para terminar el contrato de trabajo consiste en que COVERSALUD S.A.S. no le prorrogó su licencia no remunerada, sobre el particular, cumple

³⁵ CD folio 2, carpeta 04, documento: manual de bioseguridad.



mencionar, que otorgar este beneficio es facultad del empleador, sin que implique que una vez el trabajador lo solicite se deba aceptar, adicionalmente, con oficio de 24 de junio de 2020, la empleadora aclaró que no era posible conceder la licencia no remunerada por todo el tiempo solicitado dada la necesidad de prestación del servicio³⁶.

De lo expuesto se sigue, que la misiva de la renuncia presentada por la trabajadora no configura el despido indirecto alegado, en tanto, no se acreditó el incumplimiento de obligaciones por la empleadora, en consecuencia, se confirmará la decisión apelada, pero, por las razones aquí expuestas.

PRIMA DE SERVICIOS

La Sala se remite a los artículos 51³⁷, 53³⁸ y 306³⁹ del CST, sobre suspensión del contrato de trabajo, efectos de la suspensión y, prima de servicios.

³⁶ CD folio 2, carpeta: 01, documento: 02, páginas 28 a 30.

³⁷ ARTÍCULO 51. SUSPENSIÓN. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo se suspende:

4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.

³⁸ ARTÍCULO 53. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. Durante el periodo de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el (empleador) la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del (empleador), además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos periodos de suspensión pueden descontarse por el (empleador) al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

³⁹ ARTÍCULO 306. DE LA PRIMA DE SERVICIOS A FAVOR DE TODO EMPLEADO. <ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1788 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado.



Los preceptos en cita permiten colegir, que la prima de servicios se reconoce por el período trabajado y, cuando el trabajador se encuentra disfrutando de licencia no remunerada no existe prestación del servicio, pues, el contrato de trabajo se encuentra suspendido.

En el *examine*, la actora estuvo con licencia no remunerada de 09 de junio a 07 de julio de 2020, ciclo no laborado por encontrarse suspendido su contrato de trabajo, surgiendo improcedente la prima de servicios peticionada, en este tema se confirmará la sentencia apelada.

Con todo, Galeano Cruz sí trabajó de 01 a 08 de junio de 2020, período en que causó la prima de servicios equivalente a \$26.405.64, que no fue incluida en la liquidación final cancelada por COVERSALUD S.A.S., en este sentido, se adicionará el numeral segundo del fallo apelado para impartir condena.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 65 del CST – modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, así como a la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Corte Suprema de Justicia, en cuyos términos, dicha sanción no es de carácter automático ni inexorable, entonces, si el empleador acredita en el proceso que su actuar estuvo revestido de buena fe, a través de medios de convicción y argumentos válidos que justifiquen su conducta omisa, se le debe absolver⁴⁰.

⁴⁰ CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia 32529 de 05 de marzo de 2009.



En el *sub judice*, los medios de persuasión reseñados en precedencia no acreditan un actuar de buena fe de CORVESALUD S.A.S. que impide tener por justificado el impago a la demandante de las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo y, aunque el Representante Legal de aquella indicó que se encontraba en crisis financiera al ser incluida en la Resolución 4344 de 10 de abril de 2019, que limitaba los recursos, para luego entrar en liquidación, sin embargo, la trabajadora no podía asumir los riesgos de su empleadora.

En punto al tema de la crisis financiera de los empleadores, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha adoctrinado que si el empleador, aun sin incurrir en culpa, por las situaciones propias del mercado, se ve inmerso en crisis financiera que afecte la estabilidad propia de la empresa y por ello deja reiteradamente de pagar las acreencias a sus trabajadores, vulnera gravemente sus obligaciones, pese a que la actividad empresarial supone necesariamente riesgos, cualquiera sea la causa que la afecte – salvo fuerza mayor o caso fortuito -, el trabajador no tiene por qué asumir tales contingencias, pues, el ordenamiento jurídico de manera perentoria establece que el prestador de servicios subordinados **nunca** podrá asumir los riesgos y pérdidas de su empleador⁴¹. (Negrillas por fuera del texto)

Bajo este entendimiento, procede la sanción moratoria que se generó de 09 de julio de 2020 a 28 de enero de 2021, calenda en que se efectuó el pago de la liquidación final y, aunque la prima de servicios no se ha sufragado de manera total, no implica la modificación de la condena impuesta, en tanto, la empleadora obró con el

⁴¹ CSJ, Sala Laboral, Sentencia con radicado 35125 de 31 de marzo de 2009.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 038 2020 00502 01
Orf. Edna Milena Galeano Cruz Vs. Corvesalud S.A.S.

convencimiento que en esa *data* sufragó la totalidad de acreencias que Galeano Cruz había causado, dada la suspensión del contrato de trabajo, en consecuencia, se confirmará la decisión apelada en este tema. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a CORVESALUD S.A.S. a pagar a Edna Milena Galeano Cruz las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos:

- a. \$386.923.00 por vacaciones, debidamente indexadas al momento de su pago.
- b. \$7'236.000.00 como indemnización moratoria causada de 09 de julio de 2020 a 28 de enero de 2021.
- c. \$26.405.64 por prima de servicios generada de 01 a 08 de junio de 2020.

SEGUNDO.- CONFIRMAR el fallo apelado en lo demás, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

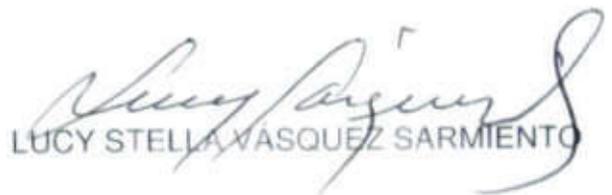


TERCERO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE CARLOS ORLANDO OSORIO PEÑALOZA CONTRA EPI - USE COLOMBIA S.A.S.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 23 de febrero de 2022, proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES



El actor demandó el reintegro a su puesto de trabajo en las mismas condiciones contractuales y salariales que tenía al momento del despido, en consecuencia, se ordene el pago de salarios, auxilio de cesantías con intereses, aportes a la seguridad social, primas de servicios y, vacaciones causados a partir de 01 de abril de 2020 hasta cuando se produzca el reintegro, indexación, costas, ultra y extra *petita*.

Fundamento sus pedimentos, en síntesis, en que el 15 de noviembre de 2017, sufrió un accidente; la EPS COMPENSAR lo calificó como de origen común; estaba afiliado a COLPENSIONES, entidad que mediante dictamen de 11 de septiembre de 2018 determinó pérdida de capacidad laboral de 23.69%, decisión que apeló, desatado con dictamen de 16 de agosto de 2019, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que determinó pérdida de capacidad laboral de 28.57%, dictamen que se encuentra debidamente ejecutoriado; el 01 de febrero de 2019 ingresó a laborar a EPI - USE Colombia S.A.S., a través de contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de Analista de Sistemas; el último salario devengado fue \$6'500.000.00; recibía un bono complementario no salarial de \$2'000.000.00; la accionada tenía conocimiento de su patología al momento de ingresar; la enjuiciada terminó el contrato de trabajo sin justa causa a partir de 31 de marzo de 2020, sin solicitar permiso al Ministerio de Trabajo para despedirlo¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ CD folio 2, documentos, 01 y 09.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, EPI - USE Colombia S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos admitió la modalidad contractual y, el último salario devengado por el actor. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, innominada, su buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de obligaciones y, carencia de justo título².

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento absolvió a EPI - USE Colombia S.A.S. de todas las pretensiones incoadas; declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones y; se abstuvo de imponer costas³.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que está acreditado que padece discapacidad, con el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que quedó ejecutoriado cuando estaba vigente la relación laboral con la enjuiciada, en este orden, aunque no existe una comunicación en que informe su incapacidad, se debe tener en cuenta que afirmó que estuvo incapacitado y tuvo la intención de comunicarle a la empresa su situación médica, asimismo, la sociedad demandada manifestó que

² Folios 868 a 880.

³ Documentos: 28 y 29.



no estuvo incapacitado, que no puede tener credibilidad, tampoco entiende por qué no hubo testigos, pues, la convocada no trajo testigos y, a él le era complicado que fueran a declarar quienes laboraron en la empresa o, a su jefe a quien le informó su situación médica y sobre el tema del examen de egreso, entonces, partiendo de la buena fe, hizo la manifestación para que se verificara su patología, además, la jurisprudencia modifica la Ley 361 de 1997 en contra del trabajador, porque, esta normativa no especifica que el empleado deba demostrar su patología o, que haya inconsistencia con el desarrollo de su trabajo, simplemente indica que el trabajador en situación de limitación no puede ser despedido sin justa causa sin el permiso del Ministerio de Trabajo, entonces, en su caso concreto demostró el despido, sin el permiso del Ministerio de Trabajo, pese a que probó su discapacidad⁴.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Carlos Orlando Osorio Peñaloza laboró para EPI – USE Colombia S.A.S., mediante contrato de trabajo de duración indefinida, vigente de 02 de enero de 2019 a 31 de marzo de 2020, siendo su cargo Consultor HCM, con un salario mensual de \$6'500.000.00, vínculo que la empleadora finalizó por decisión unilateral y, sin justa causa, sufragando la indemnización por despido equivalente a \$7'571.296.00; situaciones fácticas que se coligen del

⁴ CD Folio 566, Audio de Audiencia



contrato de trabajo⁵, la carta de terminación⁶, la liquidación final⁷, la certificación laboral⁸ y, el examen de egreso⁹.

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

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La Sala se remite a los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997¹⁰, así como a la sentencia de exequibilidad de dicho precepto¹¹.

En punto al tema de la estabilidad ocupacional reforzada, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que (i) la prohibición establecida en dicho precepto se refiere a despidos motivados en razones discriminatorias, siendo entonces legítima la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa; (ii) si en un proceso laboral el trabajador acredita su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, con pago de salarios y prestaciones

⁵ CD folio 2, documento 17.

⁶ CD folio 2, documento 04, página 01 y, documento 22.

⁷ CD folio 2, documento 04, página 02.

⁸ CD folio 2, documento 18.

⁹ CD folio 2, documento 21.

¹⁰ Conforme a la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-458 de 2015, se reemplazan las palabras "limitación" y "limitada" por las expresiones "discapacidad" o "en situación de discapacidad".

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 2003.



insolutos, además, la sanción de 180 días de salario y, (iii) referente a la autorización del inspector del trabajo se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sea incompatible e insuperable con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, de modo que la omisión de dicha obligación implica la ineficacia del despido y el pago de los salarios, prestaciones y sanciones establecidas en la ley¹².

Ahora, en Sentencia SU - 040 de 2018, la Corte Constitucional memoró el mandato contenido en el artículo 53 Superior, que establece una protección general de estabilidad laboral del trabajador, reforzada cuando por sus condiciones particulares puede llegar a sufrir grave detrimento por una desvinculación abusiva, constituyéndose en "(...) el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral", pues una persona en condiciones de salud que interfieran en el desempeño regular de sus funciones se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta no solo, porque esto puede exponerla a perder su vínculo, sino además, porque le dificulta la consecución de una nueva ocupación con base en sus facultades, talentos y capacidades humanas, que le depare los bienes suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, con lo cual está en riesgo no solo su estabilidad y su dignidad, sino incluso su propia subsistencia y, su seguridad social.

En punto al conocimiento del empleador, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que para que proceda la protección

¹² CSJ, Sala Laboral SL1360 de 11 de abril de 2018, reiterada en sentencia SL 260 de 30 de enero de 2019 y SL 1154 de 10 de mayo de 2023



constitucional no se requiere de prueba solemne y concomitante de la discapacidad a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, **lo importante es que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella**¹³. (Resalta la Sala)

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la sociedad enjuiciada¹⁴; (ii) manual de funciones de Consultor HCM, como son realizar la implementación de alta calidad de cada uno de los módulos en los tiempos definidos por la Gerencia de Proyecto, dentro de sus funciones estaba la asesoría en la implementación del módulo, la gestión del proyecto a nivel de implementación, la configuración y formación a los clientes, consultor que debía ser capaz de configurar un módulo con asistencia mínima, dirigir talleres de definición, metodología y llevar autónomamente el cronograma del proyecto con un mínimo de soporte o dirección, entre otras¹⁵; (iii) dictamen de 16 de agosto de 2019, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que calificó las patologías de fractura de clavícula, quemadura de cabeza y cuello grado no especificado, traumatismo de plexo braquial y traumatismos intracraneal no especificado de Carlos Orlando Osorio Peñaloza, con pérdida de capacidad laboral de 28.57%, estructurada el 27 de junio de 2018, por accidente de origen común, en cuyas consideraciones

¹³ CSJ, Sala Laboral, Sentencia SI. 1184 de 10 de mayo de 2023.

¹⁴ CD folio 2, documento: 03, 16 y 27.

¹⁵ CD folio 2, documento: 19.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 035 2020 00292 01
Ord. Carlos Orlando Osorio Peñaloza V. EPI - USE Colombia S.A.S.

indicó que el estado actual del paciente eran condiciones generales aceptables con cicatrices faciales puntuales, en el examen físico de su muñeca izquierda se encuentran movimientos completos y la mano muestra un cierre lento total y la apertura es casi total y el codo derecho tenía movimientos con limitación residual pequeña¹⁶; (iv) examen médico de egreso de 21 de abril de 2020, expedido por CEDIANTRA en que se anotó concepto ocupacional satisfactorio y como recomendaciones continuar seguimiento médico con la EPS, sin que se presente sugerencia adicional, ni se indique discapacidad alguna padecida por el actor¹⁷ y; (v) constancia de 18 de febrero de 2021, emitida por "HR BUSINESS PARTNER MANAGER" de la enjuiciada que certificó que revisada la historia ocupacional y laboral de Carlos Orlando Osorio Peñaloza no obraba registro alguno en que el citado ex trabajador hubiera informado a la compañía que contaba con calificación de pérdida de capacidad laboral, tampoco que allegara recomendaciones médico laborales emitidas por la EPS, además, Osorio Peñaloza nunca solicitó permiso para acudir a citas médicas o para asistir a tratamientos ordenados por profesionales de la salud de la EPS o de particulares, es decir, la compañía desconocía que el ex trabajador durante la relación laboral que sostuvo con EPI - USE COLOMBIA S.A.S. hubiera tenido afectaciones a su salud¹⁸.

Asimismo, se recibieron los interrogatorios de parte de la Representante Legal de EPI – USE Colombia S.A.S.¹⁹ y, de Carlos Orlando Osorio Peñaloza²⁰.

¹⁶ CD folio 2, documento: 04, páginas 3 a 8.

¹⁷ CD folio 2, documento: 21.

¹⁸ CD folio 2, documento: 20.

¹⁹ CD folio 2, audio, mín. 12:13. Diana Marcela Montejo Rincón, dijo que las funciones del actor era Consultor de una línea llamada HCM, atendía a los consultores en forma virtual y presencial; no tiene conocimiento si al convocante le hicieron examen de ingreso, pero, si le



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 035 2020 00292 01
Ord. Carlos Orlando Osorio Peñaloza V. EPI - USE Colombia S.A.S.

Pues bien, los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten establecer que el 16 de agosto de 2019 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó a Osorio Peñaloza pérdida de capacidad laboral equivalente a 28.57% por accidente de origen común que sufrió y desarrolló las patologías de fractura de clavícula, quemadura de cabeza y cuello en grado no especificado, traumatismo de plexo braquial y traumatismos intracraneal no especificado²¹, enfermedades que no le impedían desarrollar las labores en condiciones regulares. Asimismo, se estableció que para la calenda de despido el 31 de marzo de 2020, el actor no se encontraba incapacitado, ni contaba con recomendaciones laborales, como lo indicó Osorio Peñaloza en su interrogatorio de parte y, se anotó en el examen médico de egreso.

En este orden, el demandante tenía pérdida de capacidad laboral determinada durante el vínculo contractual laboral, empero, no obra prueba alguna que acredite que la empleadora conocía del grado de

hicieron el de retiro, no se determinó que tuviera una discapacidad; Osorio Peñaloza no informó sobre su calificación, pues, no hay comunicación, ni correo donde lo allegara.

²¹ CD folio 2, audio, min. 16: 59, Carlos Orlando Osorio Peñaloza dijo que sufrió un accidente en el año 2018, pero, la evaluación y la pérdida de capacidad laboral fue en agosto de 2019, lo cual informó a su jefe inmediato, pues, él le pidió permiso para ir al examen, entonces, su jefe le indicó que ya la empresa estaba enterada con lo que le había contado de eso, no le pidió que enviara correo, ni nada, después cuando le pasaron la carta, a la persona encargada de los trámites Sandro Ospina, él le dijo que estaba en un proceso de salud, porque, estaba deteriorado, pero, no le interesó, solo le indicó que la orden era terminarle el contrato, tanto así, que él tuvo que exigir el examen de retiro a través del correo electrónico de la empresa, pues, no se lo querían hacer, además, no le hicieron examen de ingreso cuando lo contrataron; tiene un 29% de pérdida de capacidad laboral por origen común; ingresó a laboral el 02 de enero de 2019; para la fecha de despido no contaba con recomendaciones, pero, estaba con medicamentos; fue a citas médicas para tratar la depresión, pero, él no guardó soportes de eso, las recomendaciones que le dio el médico eran seguir con el tratamiento y los medicamentos, pero, ninguna para su labor; no sabe porque en el examen médico de egreso no tiene anotado la pérdida de capacidad laboral, ni recomendaciones, pues, el médico no le dejó ver, a lo último de la relación laboral, sufrió como de persecución y acoso, ya que, lo tenían trabajando hasta las 08:00 p.m. o 09:00 p.m. y, él tenía un dolor de cabeza insoportable, entonces, les dijo que iba a poner una queja por acoso y que ya no seguía trabajando después de las 10:00 p.m., por ende, lo que lo tenía mal era como el tema mental, más o menos a los 08 días lo despidieron; no le hicieron llamados de atención por eso duró más de un año; no había restricciones médicas para desarrollar su labor; sus padecimientos de salud son de depresión y que no tiene casi movilidad en un brazo, porque, tuvo una lesión en el nervio plexo braquial, entonces, el brazo izquierdo no tiene la misma movilidad que el derecho; su actividad era 100% en computador; tenía todo el tema de implementación tecnológico; su proceso de contratación fue que lo llamaron, le hicieron una entrevista y ya lo contrataron, él les dijo que hicieran un examen de ingreso para que se dieran cuenta de su situación; pero, ellos le dijeron que no lo hacían, sin saber la razón, tuvo incapacidades de uno o dos días durante el vínculo laboral, entonces, como él trabajaba remoto, pues, laboraba, entonces, no veía para que avisar o, avisaba verbalmente; no radicó constancia de su situación de salud, ya que, le avisó a su jefe; en cuanto a su tema psicológico en el dictamen también se evaluó y, cuando terminó su contrato no ahondó en esa situación, porque, a su jefe no le interesaba.

²² CD folio 2, documento: 04, páginas 3 a 8.



discapacidad o, de su situación de salud que permita colegir que el despido se dio por razones discriminatorias, por el contrario, mediante constancia de 18 de febrero de 2021 la convocada certificó que no había soporte alguno allegado en que el actor informara sus patologías o la pérdida de capacidad laboral, tampoco que hubiese pedido permiso para citas médicas o tratamientos²²; documental que tiene plena validez, en tanto, no fue tachada de falsa, ni desconocida por Osorio Peñaloza en el momento procesal oportuno.

Adicionalmente, las patologías del accionante no eran evidentes, pues, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en sus consideraciones indicó que el estado actual del paciente era aceptable en condiciones generales, su mano cerraba y abría lento, pero, de manera total y el codo derecho tenía movimientos con limitación residual pequeña²³, condiciones que no le dificultaban la consecución de sus labores.

Ahora, el demandante adujo que informó a su jefe inmediato de manera verbal su situación de salud y el trámite de su calificación, afirmación que carece de respaldo probatorio, por ende, no se tendrá en cuenta, en tanto, nadie se puede beneficiar de sus propias aseveraciones, pues, en los términos del artículo 167 del CGP, le correspondía la carga de acreditarlo y, por el contrario, en su interrogatorio de parte admitió que no estaba incapacitado, ni tenía recomendaciones médico laborales para el momento del despido, incluso cuando tuvo algunas

²² CD folio 2, documento: 20.

²³ CD folio 2, documento: 04, páginas 3 a 8.



incapacidades médicas no las reportó, sino que efectuó sus funciones con normalidad.

Respecto a la prueba testimonial, las partes tienen facultad para pedir o no declaraciones de terceros, sin que sea obligación para una sola de ellas, por ende, si el actor consideraba que requería testimonios para acreditar sus aseveraciones debió solicitarlos en el momento procesal oportuno, sin que pueda excusarse en que le era difícil conseguir las declaraciones, en tanto, una vez solicitados y decretados, el juzgador de conocimiento podía hacer uso de los poderes correccionales para que los deponentes asistieran.

En este orden, el empleador desconocía el grado de discapacidad del actor, por ello, el despido sin justa causa no se motivó en su situación de salud, es decir, no mediaron razones discriminatorias. De lo expuesto se sigue, que la empleadora no requería autorización de autoridad administrativa para terminar el contrato de trabajo, surgiendo improcedentes las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se confirmará la decisión censurada. Sin costas en la alzada.



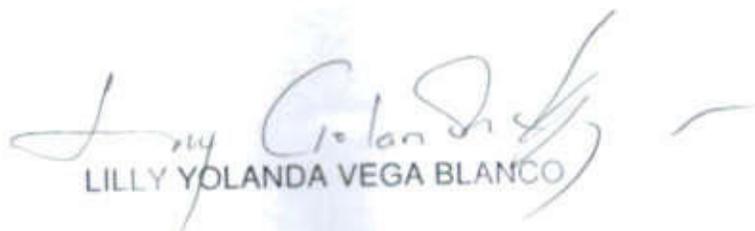
En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

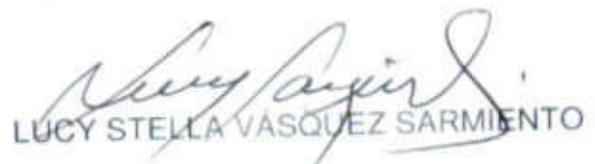
PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo apelado, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTIN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE YULDER PALACIO RODRÍGUEZ CONTRA ERGO INGENIERÍA S.A.S., CONCAY S.A. Y, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. LLAMADA EN GARANTÍA SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el convocante a juicio, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de noviembre de 2021¹, proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

¹ Cabe precisar, que el proceso fue repartido a este Despacho el 28 de marzo de 2022.



ANTECEDENTES

El actor demandó para que se declare (i) que suscribió con Ergo Ingeniería S.A.S. contrato de trabajo a término indefinido, sociedad que actuó en calidad de contratista y empleadora directa, vinculación contractual laboral vigente de 04 de febrero a 29 de julio de 2020, terminada por los codemandados y, (ii) que Concay S.A., fue beneficiaria del servicio prestado; en consecuencia, se condene a estas enjuiciadas a reliquidar su auxilio de cesantías con intereses y la sanción por falta de consignación, primas de servicios y vacaciones, salarios insolutos, moratoria, reliquidación de aportes a COLPENSIONES, indemnización de perjuicios por no entrega de dotación, auxilio de transporte, gastos de vivienda y alimentación, indexación, costas, *ultra y extra petita*.

Fundamento sus pedimentos, en síntesis, en que Ergo Ingeniería S.A.S. fue contratista de Concay S.A., encargada de contratar trabajadores que prestaran servicios personales en la construcción de una obra o proyecto conocido como puentes de Cajamarca que corresponden al túnel de la línea; el 04 de febrero de 2020, celebró contrato de trabajo de manera verbal a término indefinido con Ergo Ingeniería S.A.S. para prestar servicios a Concay S.A.; laboró en el cargo de Pilero, realizando actividades de excavación, anillado, fundición, movimiento de tierra y de rocas, preparación de concreto, elaborar las bases para levantar el túnel o puente de la línea en Cajamarca – Tolima, siguiendo las órdenes de su empleadora y de Concay S.A., especialmente de la Ingeniera Isabel Cristina Cardozo Vásquez; sus funciones fueron realizadas en las obras



"LAS MARIAS, LAS PALOMAS, LAS JULIAS, LAS HAMACAS", propiedad de Conca y S.A., ubicadas en el municipio de Cajamarca – Tolima, utilizando herramientas, materiales, implementos y demás que requiriera su trabajo, todas de propiedad de las empresas accionadas; su empleador directo era Ergo Ingeniería S.A.S. y, la beneficiaria de la obra era Conca y S.A.; laboró en horario de trabajo de lunes a viernes de 07:00 a.m. a 05:00 p.m. y sábados de 07:00 a.m. a 01:00 p.m.; con un salario de \$2'400.000.00 mensuales, con pago quincenal de \$1'200.000.00; Ergo Ingeniería S.A.S. no lo afilió a seguridad social en pensión; no tuvo llamados de atención, ni sanción alguna, fue un trabajador correcto e intachable; el 29 de julio de 2020, las demandadas no le cancelaron el mes de trabajo, por ende, tuvo que pedir ayuda en la Alcaldía de Ibagué para que le colaboraban con los pasajes y devolverse a Medellín, dejando la obra para la que fue contratado con excavaciones de la pila sin terminar, "situación que evidencia una renuncia provocada, pues no cumplía con el pago de las prestaciones sociales"; no le liquidaron las prestaciones sociales, ni le consignaron auxilio de cesantías, incurriendo en mora, tampoco sufragaron subsidio de transporte, le adeudan un mes de salario y, no le suministraron dotación; ha solicitado a las enjuiciadas el pago de sus acreencias laborales, sin obtener respuesta².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Conca y S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos dijo que no

² CD folio 2, carpeta: 01, documento: demanda y carpeta: 04, documento: subsanación demanda.



eran ciertos o no le constaban. En su defensa propuso las excepciones de buena fe e, innominada³.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES ni rechazó, ni se allanó a los pedimentos; en cuanto a las situaciones fácticas dijo que no le costaban. Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de causa para demandar, prescripción, su buena fe, compensación y, genérica⁴.

Mediante auto de 29 de junio de 2021, el *a quo* dio por no contestada la demanda por Ergo Ingeniería S.A.S., asimismo, aceptó el llamamiento en garantía de Seguros Generales Suramericana S.A.⁵.

Seguros Generales Suramericana S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos dijo que no le constaban o, que no eran ciertos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa de Concay S.A., inexistencia de contrato de trabajo entre Concay S.A. y Yulder Palacio Rodríguez, inexistencia de solidaridad laboral entre Ergo y Concay S.A. – esta empresa no fue beneficiaria de los servicios prestados por el demandante, inexistencia de la obligación de pagar auxilio de transporte, vivienda y alimentación, inexistencia o cumplimiento de la obligación de proveer calzado y vestuario, buena fe de Concay S.A. y, genérica⁶.

³ CD Folio 2, Carpeta 07, documento: contestación.

⁴ CD Folio 2, Carpeta 11, documento: contestación.

⁵ CD Folio 2, Carpeta 09, documento: auto llamamiento.

⁶ CD Folio 2, Carpeta 10, documento: contestación.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró que entre Yulder Palacio Rodríguez y Ergo Ingeniería S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente de 04 de febrero a 29 de junio de 2020; condenó a Ergo Ingeniería S.A.S. a cancelar al demandante auxilio de cesantía, prima de servicios, intereses sobre cesantías, vacaciones debidamente indexadas al momento de pago, aportes a pensión por el tiempo laborado, teniendo como salario mensual \$2'400.000.00 que se deben girar a COLPENSIONES, a la cual se encuentra afiliado el accionante, conforme al cálculo actuarial que debe elaborar la Administradora de pensiones, sanción moratoria del artículo 65 del CST, a razón de \$80.000.00 diarios a partir de 29 de julio de 2020 hasta por 24 meses o hasta cuando la convocada realice el pago de las prestaciones sociales de Palacio Rodríguez, si el período es menor, a partir del mes 25 cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando se sufraguen los salarios y prestaciones sociales ordenados; absolvió a Ergo Ingeniería S.A.S. de las demás pretensiones; absolvió a Conca y S.A. y a COLPENSIONES, así como a Seguros Generales Suramericana S.A.; impuso costas a Ergo Ingeniería S.A.S.⁷.

RECURSO DE APELACIÓN

⁷ CD folio 2, documentos: 20 y 21.



Inconforme con la decisión anterior, el convocante a juicio interpuso recurso de apelación en el que en resumen expuso, que sí existió la solidaridad con Concay S.A. conforme al artículo 34 del CST, pues, su objeto social es la construcción de toda obra civil y arquitectura directamente o, a través de contratos de colaboración empresarial o asociación, entonces, las obras ejecutadas en los túneles, en los puentes, en la vía Cajamarca - Tolima, sí tenían relación con el objeto social, en tanto para la construcción de túneles se requiere la elaboración de pilas o, lo realizado por Palacio Rodríguez, además, el certificado de la Cámara de Comercio indica que podrá realizar actividades de explotación de toda clase de minerales, en especial las relacionadas con materiales para la industria y la construcción en desarrollo de su objeto, por ello, la actividad desempeñando por el trabajador no era extraña, fue una actividad propia, adicionalmente, con los interrogatorios y los testimonios rendidos se establece que Concay S.A. se desempeña en estas actividades siendo el primer paso para el inicio de la obra de ingeniería, Concay S.A. tiene el contrato o la concesión para el desarrollo de dichas obras; en este orden, solicitó acceder a la solidaridad de Concay S.A. para el pago de las condenas impuestas⁸.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó demostrado dentro del proceso, que los días 23 y 24 de enero de 2020 Concay S.A. y Ergo Ingeniería S.A.S. suscribieron los Contratos N° 024 - 2020 - 10P01010 y 027 - 2020 - 10P01010, cuyos

⁸ CD folio 2, documentos: 20 y 21.



objetos fueron "contrato de obra a ejecutar de manera exclusiva por parte de EL CONTRATISTA a su cuenta y riesgo, la Construcción de las estructuras en concreto tipo caisson's de 1.20 metros de diámetro para el muro 11 – 05 AN, para garantizar el cumplimiento de las condiciones y obligaciones contenidas en el Contrato de Obra Invias...", además, en dicho acuerdo comercial Ergo Ingeniería S.A.S. presentó propuesta para el desarrollo de sus actividades en que ofreció el trámite para la adquisición de explosivos, escolta militar para transporte y personal técnico especialista en el manejo de explosivos, entre otros, según se colige de los contratos en cita⁹, así como de sus *otrosíes* de 05 y 17 de mayo de 2020¹⁰.

Ergo Ingeniería S.A.S. vinculó a Yulder Palacio Rodríguez en el cargo de Pilero, a través de contrato de trabajo a término indefinido, vigente de 04 de febrero a 29 de junio de 2020, como dan cuenta el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES¹¹ y, los deponentes Omris Palacio Lemus y Seldonio Moreno Abadía, así también lo determinó el *a quo*, decisión que no fue objeto de reproche.

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

SOLIDARIDAD

⁹ CD folio 2, documento: 07, páginas 45 a 81 y 83 a 90.

¹⁰ CD folio 2, documento: 07, páginas 45 a 81 y 83 a 90.

¹¹ CD folio 2, documento: 07, páginas 27 a 31.



La Sala se remite a los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo¹².

Pues bien, para que se configure la solidaridad entre el contratista y el beneficiario o dueño de la obra, el precepto en cita exige la concurrencia de dos relaciones jurídicas: (i) entre quien encarga la ejecución de la obra o labor y la persona que la realiza, contrato de obra y, (ii) entre quien efectúa el trabajo y las personas que contrata para su desarrollo, contrato de trabajo. Igualmente, se debe acreditar la relación de causalidad entre dichas relaciones jurídicas.

En punto al tema de la solidaridad, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la responsabilidad del beneficiario o dueño de la obra es la regla general y, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio, desaparece la obligación del contratante de responder por las acreencias laborales e indemnizaciones de los trabajadores a cargo del contratista¹³.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de Ergo Ingeniería S.A.S., cuya actividad principal es la de servicios de

¹² "Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores".

¹³ CSI, Sala Laboral, sentencia 64.514 de 02 de octubre de 2019, reiterando la sentencia 35.392 de 26 de octubre de 2010.



asesorías profesionales, consultorías, actividades de arquitectura, construcción de edificios residenciales y no residenciales y celebrar cualquier actividad lícita de comercio¹⁴; (ii) certificado de existencia y representación legal de Conca y S.A., cuyo objeto principal es la construcción de toda clase de obras de ingeniería civil y arquitectura directamente y a través de contratos de colaboración empresarial o asociación con terceros personas naturales y jurídicas tales como consorcios, joint ventures, uniones temporales y demás admitidos por la ley para la realización de obras de ingeniería relacionadas con la actividad de la construcción¹⁵; (iii) cédula de ciudadanía del actor¹⁶; (iv) comunicaciones de 02 de julio y 22 de agosto de 2020, en que Conca y S.A. constituyó en mora a Ergo Ingeniería S.A.S., en tanto, había incumplido sus obligaciones contractuales de pago y seguridad social de su personal, así como de cancelar salarios y prestaciones sociales¹⁷; (v) gestión de requerimientos de los trabajadores de Ergo Ingeniería S.A.S. por el incumplimiento en el pago de acreencias laborales¹⁸; (vi) oficio de 10 de septiembre de 2020, en que Conca y S.A. informó a Palacio Rodríguez que él nunca prestó servicios para la empresa, ni estuvo vinculado laboralmente, aclaró que tuvo un vínculo comercial con Ergo Ingeniería S.A.S., a través de contratos de obra para desarrollar actividades consideradas como labores extrañas a sus actividades normales¹⁹ y; (vii) comunicación de 14 de septiembre de 2020, en que INVÍAS informó al demandante que el Consorcio Integral Interdiseños Cordillera Central ejercía la intervención, el control y seguimiento del Contrato de Obra 880 de 2019 suscrito entre el INVÍAS y CONCA Y S.A., cuyo objeto fue la culminación de la

¹⁴ CD Folio 2, documento: 01, páginas 4 a 11.

¹⁵ CD Folio 2, documento: 01, páginas 12 a 25.

¹⁶ CD Folio 2, documento: 01, página 26.

¹⁷ CD Folio 2, documento: 07, páginas 24 a 25 y 96 a 98.

¹⁸ CD Folio 2, documento: 07, páginas 26 a 27.

¹⁹ CD Folio 2, documento: 04, páginas 4 a 6.



construcción de los túneles cortos, la vía a cielo abierto y los puentes en el sector comprendido entre el túnel 16 (km 38+945) y la llegada al municipio de Cajamarca – segunda calzada Tolima – proyecto cruce de la cordillera central, por ello, INVÍAS no había tenido relación laboral alguna con el actor²⁰.

Se recibieron los interrogatorios de parte de Yulder Palacio Rodríguez²¹ y, del Representante Legal de Concay S.A.²², así como los testimonios de Omris Palacio Lemus²³, Seldonio Moreno Abadía²⁴, María Juliana Matallano Sánchez²⁵ y, Mauricio Alberto Bernal Malagón²⁶.

²⁰ CD Folio 2, documento: 01, páginas 45 a 46.

²¹ CD folio 2, audio 1, min. 55:15, Yulder Palacio Rodríguez dijo que entró a trabajar a Ergo y también a Concay, porque, era quien daba las órdenes de la profundidad de los huecos, venían y decían hay que bajarle 10 o 15 más, la relación con Ergo inició el 04 de febrero de 2020 y terminó el 29 de julio de ese año, trabajó en las Marias, las Palomas, en los Alpes y en las Hamacas, laboró al lado del puente que estaba haciendo Concay en la línea, a 30 km de las cosas de las líneas en el puente de las hamacas, ganaba \$1'200.000.00 quincenalmente; el contrato fue verbal, solo le pagaron \$946.000.00 como en abril, porque, le dijeron que no había nada más, luego, no les pagaron nada más, además, entró la pandemia y entonces era trabajo y trabajo sin pago, incluso reclamaron en Concay en julio, pero, les dijeron que ya habían girado a su jefe inmediata Cristina, pero, no le han reconocido nada; su oficio era Pilero, esto es, encargarse de bajar los caissons a una profundidad de 20 o 30 metros con una barra y una pala para excavar la tierra, es decir, era hacer los cimientos del puente, era una labor peligrosa, ya que, debían evitar que colapsara el hueco mientras seguían cavando, hicieron una parte manual con machin, pero, no pudieron, entonces, Concay trajo un minero y este hacía explosiones para romper la roca; Ergo tenía los explosivos y Concay vigilaba; ser pilero es un trabajo especializado; los ingenieros de Concay informaban a la ingeniera de Ergo, Cristina Cardozo, la hora en que debían llegar y le decían usted tiene que hacer esto y Cardozo les transmitía a ellos.

²² CD folio 2, audio 1, min. 26:38, Camilo Gutiérrez Moreno, Representante Legal de Concay S.A., dijo que Ergo Ingeniería S.A.S. es una empresa subcontratada para ejecutar una actividad que no realiza Concay dentro de su objeto social como lo es los caissons y las demoliciones, los caissons son la primera actividad que se debe desarrollar cuando se van a construir puentes en una obra de infraestructura para eso se acude a empresas especializadas en estos temas que puede ser a través de dos vías, una son los pilotes que no era el caso de Ergo y otra son los caissons manuales que era el caso de Ergo Ingeniería, empresa que tenía experiencia en ejecutar esta actividad que no era más que poner los cimientos y destruir lo que encontraba abajo para después empezar a construir los puentes, suscribió dos contratos de obra con Ergo, pero, terminaron anticipadamente por incumplimientos de esta sociedad, porque, los avances a los que se comprometieron no llegaron; Concay no era la encarga de desembolsar a Ergo Ingeniería S.A.S. los salarios y prestaciones para sus trabajadores; Ergo debía presentar el paz y salvo de los aportes a seguridad social de su personal cada mes para que se anotara en las actas mensuales de la obra y verificar el rendimiento o avance efectivo de la obra; desconoce el salario del actor y hasta cuándo trabajó; además, en la demanda se hace alusión a un tema del túnel de la línea, donde Concay no tenía intervención alguna y no sabe si el contratista de ese tramo había subcontratado a Ergo; únicamente la actividad e caissons fue lo que subcontrató, en algunos puentes como el puente de las Marias, lo único que revisaban los ingenieros de Concay era el avance de la obra, no tenían relación con el demandante; los caissons son tema de alta complejidad y requiere personal especializado, pues, en ese lugar no se podía hacer con pilotadora, tuvieron que contratar a Ergo especialista en el tema, porque, Concay no tenía personal, ni había ejecutado los caissons de manera manual, actividad ajena a su objeto.

²³ CD folio 2, audio 1, min. 01:28:06, Omris Palacio Lemus depuso que trabajó con el actor en Cajamarca – Tolima de febrero a julio de 2020, estuvieron en las obras de las Marias, los Alpes, la Paloma y el túnel de la línea, hacían pilas para



Pues bien, los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que Ergo Ingeniería S.A.S. vinculó a Yulder Palacio Rodríguez a través de un contrato de trabajo, en desarrollo de los contratos de obra existentes con Conca y S.A., que en ejecución del vínculo contractual laboral el

puentes, los contrató Cristina Isabel Cardozo de Ergo Ingeniería S.A.S., tenían un horario de 07:00 a.m. a 05:00 p.m. de lunes a viernes y los sábados hasta la 01:00 p.m., el salario era de \$1'200.000.00 quincenales; el contrato fue verbal, Cristina les pago la quincena en marzo, luego, pagaron como un millón al actor, pero, no sabe bien cuánto; dejaron de trabajar el 29 de julio de 2020, fecha en que decidieron no seguir laborando hasta que les pagaran; reclamaron ante la Alcaldía, a Conca y, pero, no les han pagado; el ingeniero de Conca y les revisaba la gestión o, llegaba a la obra a mirar el trabajo que estaban haciendo, había otro que tomaba apuntes todos los días de lo que hacían; la relación era con la ingeniera Cristina Cardozo; ellos se dedicaban con machines a hacer su labor y, el minero manipulaba los explosivos, no sabe para quien trabajaba el minero, pero, estaba en la obra y andaba con la ingeniera siempre.

²⁴ CD folio 2, audio 1, min. 01:53:01, Seledonio Moreno Abadía manifestó que fueron compañeros de trabajo con el actor en Cajamarca – Tolima, entraron el 04 de febrero de 2020, se retiraron el 29 de julio, se acuerda porque ya estaba la pandemia y les fue mal con el pago, entonces, la pasaron muy mal; Palacio Rodríguez ganaba \$1'200.000.00 quincenal, les cancelaron marzo; la Ingeniera Cardozo fue quien los contrató para trabajar en ese municipio para Conca y, ella era la que estaba pendiente de ellos en la obra, había un ingeniero de Conca y daban ordenes e instrucciones de como hacer la labor de pilera, el diámetro, llevaban el concreto para los caissons, estaban pendientes, porque, la ingeniera a veces se iba, mientras que los de Conca y si estaban, aunque a lo último los dejaron solos, el minero controlaba sus labores de manera independiente, hicieron la excavación, pero, había roca, entonces, les tocó con explosivos, Ergo no tenía más obras, sino la excavación de los caissons.

²⁵ CD folio 2, audio 1, min. 02:17:15, María Juliana Matallano Sánchez depuso que es la Coordinadora de Seguridad y Salud en el trabajo de Conca y S.A. desde abril de 2013, no conoce de manera directa al demandante, pero, su grupo y la ARL Colmena tuvo contacto con él, porque, todos los trabajadores tenían que tener una inducción y pasaban periódicamente por una documental sobre la prevención de riesgos, entrega de elementos de protección personal, exámenes médicos, dotación e inducción de riesgos que se le hacía a los trabajadores de planta y contratistas; los trabajadores estaban afiliados a seguridad social, le consta porque solicitaron un paz y salvo para acreditar el cumplimiento de ese requisito; todos tenían el mismo horario, pero, desconoce si había algún contratista que tenía un horario diferente

²⁶ CD folio 2, audio 1, min. 02:35:00, Mauricio Alberto Bernal Malagón manifestó que es Gerente de Construcciones de Conca y S.A. desde 02 de marzo de 2005, no conoce a Yulder Palacio Rodríguez, pero, el deponente trabaja en la obra que Conca y S.A. tiene con el INVÍAS en Cajamarca – Tolima; el actor laboró con una empresa que se llamaba Ergo, con la que Conca y S.A. tenía una relación comercial; Ergo fue contratado para que hicieran unas actividades de voladura de roca para una estabilización en roca, en suelo profundo para la construcción de los muros de contención en el proyecto; para poder desarrollar el contrato, tuvieron que contratar a la empresa especializada, que además, tenía permisos especiales para la voladura de roca y estabilización profunda, ya que, usaban explosivos y Conca y no está especializada en esa actividad; no sabe bien si Ergo cancelaron los salarios a los trabajadores, pero, sabe que Conca y exige unas actas, tuvieron inconvenientes y Conca y S.A. requirió varias veces a Ergo S.A. para que pagara los salarios y prestaciones de los trabajadores; de acuerdo a los diseños para hacer los muros, hay que hacer un cimentación profunda y requiere de estabilización como es roca o suelo duro, entonces, se requería de ayuda de los explosivos, los cuales se utilizan y va bajando por capas, porque, no se puede utilizar el explosivo de una vez; Conca y ha trabajado muchas veces en la construcción, pero, no ejecuta el uso de explosivos para los caissons, siempre busca proveedores especializados para que hagan esa actividad, los cuales tienen experiencia, además, reitera que Conca y no tiene permisos para usar explosivos; Conca y supervisa las actividades de excavación para verificar que los diámetros están quedando bien, así como los núcleos, anillos y cilindros de la estructura; la ejecución de los contratos suscritos con Ergo fue en el 2020; para poder hacer uso de explosivos, hay que tener permisos para poder transportar o colocar un explosivo en un sitio especial o puntual, el permiso se obtiene ante el Ministerio de Defensa, asimismo, para transportar los explosivos hay protocolos, entonces, los trámites son dispendiosos, Conca y no tiene esos permisos, entonces, por eso contrato a la empresa especializada; desconoce si había vínculo alguno entre Conca y Palacio Rodríguez, pero, cree que no, porque, el testigo aprueba el personal de Conca y; los pileros son las personas especializadas para hacer explotaciones de piedra; ellos – Conca y – supervisaban el diámetro, las profundidades y los rendimientos de la obra; verificaban la afiliación a la ARL y EPS, porque, era un requisito para el pago.



demandante se desempeñó como Pilero en las obras de la vía Cajamarca - Tolima, labor que consistía en hacer los caisson's o cimientos para una estructura, excavando un hueco y, cuando no se podía realizar de manera manual, su empleador traía al minero que usaba explosivos para volar la piedra y, así el actor continuara su actividad de excavar, como dan cuenta los deponentes Omris Palacio Lemus, Seldonio Moreno Abadía²⁷ y, Mauricio Alberto Bernal Malagón.

Ahora, revisados los objetos sociales de las enjuiciadas la actividad descrita no está relacionada con el giro o actividad del contratista, pues, aunque Concay S.A. tiene como objeto social principal la construcción de obras de ingeniería, lo cual podría entenderse como la construcción total de la obra o, de cualquier estructura para cumplir sus obligaciones con el INVIAS, empero, Concay S.A. no tenía a su cargo la construcción de caisson's.

Labor especializada que sí tenía Ergo Ingeniería S.A.S., pues, para realizar este servicio se requieren permisos especiales como dan cuenta la propuesta de ésta compañía para suscribir el contrato y el dicho del deponente Mauricio Alberto Bernal Malagón, por ello, la construcción de los caisson's de manera manual y con explosivos son labores extrañas a las actividades normales de Concay S.A.,

²⁷ CD folio 2, audio 1, min. 01:53:01, Seldonio Moreno Abadía manifestó que fueron compañeros de trabajo con el actor en Cajamarca - Tolima, entraron el 04 de febrero de 2020, se retiraron el 29 de julio, se acuerda porque ya estaba la pandemia y les fue mal con el pago, entonces, la pasaron muy mal; Palacio Rodríguez ganaba \$1.200.000.00 quincenal, les cancelaron marzo; la Ingeniera Cardozo fue quien los contrató para trabajar en ese municipio para Concay, ella era la que estaba pendiente de ellos en la obra, había un ingeniero de Concay daban ordenes e instrucciones de como hacer la labor de pileria, el diámetro, llevaban el concreto para los caissons, estaban pendientes, porque, la ingeniería a veces se iba, mientras que los de Concay si estaban, aunque a lo último los dejaron solos; el minero controlaba sus labores de manera independiente, hicieron la excavación, pero, había roca, entonces, les tocó con explosivos; Ergo no tenía más obras, sino la excavación de los caissons.



correspondiendo a una labor especializada como lo aceptó el convocante en su interrogatorio de parte.

En este orden, la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST no se puede deducir en el *sub judice*, además, para que dicha solidaridad se configure no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como ocurre en el asunto, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico²⁸. De lo expuesto se sigue, confirmar la sentencia de primer grado.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo apelado, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

²⁸ CSJ, Sentencia con Radicado N° 38651 de 05 de febrero de 2014.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 023 2020 00507 01

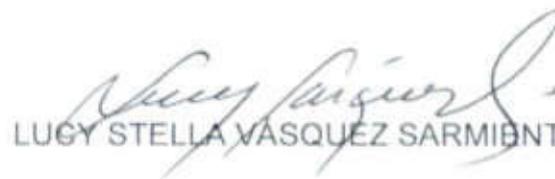
Ord. Yulder Palacios Rodríguez Vs. Ergo Ingeniería S.A.S. y otros

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA ELVIA HUÉRFANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. LITIS CONSORCIO NECESARIO EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP – ETB.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo de fecha 30 de agosto de 2022, proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES reliquidar la pensión de vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, cancelar las diferencias causadas debidamente indexadas, intereses moratorios y, costas.

Fundamento sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 26 de agosto de 1959; prestó servicios a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. – ETB como trabajadora oficial, de 05 de noviembre de 1987 a 25 de julio de 2010, sin solución de continuidad; el 26 de julio de la última anualidad en cita, adquirió estatus pensional con arreglo a la convención colectiva de trabajo suscrita entre la ETB y SINTRATELEFONOS, en cuantía inicial de \$2´141.088.00, prestación compartible con la que le otorgara el Instituto de Seguro Social – ISS hoy COLPENSIONES; la ETB continuó aportando a la Administradora del RPM; en 2013 la ETB subrogó su obligación de cotizar al sistema, con ocasión de la suscripción de una conmutación pensional con Positiva Compañía de Seguros S.A., aseguradora que continuó cotizando a COLPENSIONES hasta 31 de agosto de 2016; aportó 1634.28 semanas de 17 de julio de 1984 a 31 de agosto de 2016; en 2016 Positiva Compañía de Seguros S.A. solicitó a COLPENSIONES, a favor de la extrabajadora, la pensión de vejez de carácter compartida; mediante Resolución GNR 331825 de 09 de noviembre de ese año, la Administradora del RPM le concedió la prestación de vejez, conforme a la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$2´162.477.00, liquidada sobre un IBL \$2´989.738.00 y una tasa de reemplazo de



72.33%, desconociendo que era beneficiaria del régimen de transición; a 30 de junio de 1995, calenda de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para los servidores oficiales de nivel distrital contaba con 35 años, 10 meses y 04 días; se le debió aplicar una tasa de reemplazo de 90% con arreglo al Acuerdo 049 de 1990; radicó reclamación administrativa, sin obtener respuesta¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la actora, el tiempo laborado en la ETB, la pensión convencional otorgada y su carácter compatible, la subogración pensional, los aportes efectuados por Positiva Compañía de Seguros S.A., las semanas cotizadas y, el reconocimiento pensional efectuado por COLPENSIONES. En su defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, su buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y, genérica².

Positiva Compañía de Seguros S.A. rechazó los pedimentos; en cuanto a las situaciones fácticas dijo que no le constaban o que no eran ciertos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva para efectuar el pago de la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, inexistencia de la obligación – Positiva no ha efectuado descuentos ilegales de la nómina de pensionados de la accionante,

¹ Folios 24 a 33 y 38 a 39

² Folios 50 a 52, 65 a 67 y 105 a 107.



pago oportuno de las obligaciones pensionales de ETB – Positiva, prescripción de los eventuales derechos o acciones de la convocante, la señora Huérfano nunca presentó reclamación por indebido o tardío pago de las mesadas pensionales, su buena fe e, innominada³.

Mediante auto de 05 de noviembre de 2021, el *a quo* vinculó a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. – ETB como *litis* consorcio necesario⁴, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió la prestación de servicios de la actora, el reconocimiento de la pensión convencional y su carácter compartido, así como el otorgamiento pensional efectuado por COLPENSIONES. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de causa, prescripción, su buena fe y, genérica⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a María Elvia Huérfano la pensión de vejez otorgada mediante Resolución GNR 331825 de 09 de noviembre de 2016, en cuantía de \$2'690.664.00 y, no la concedida de \$2'162.477.00, atendiendo la aplicación del régimen de transición; declaró parcialmente probada la prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad a 14 de marzo de 2018 y, las que se generaron a partir de dicha calenda se deben cancelar debidamente indexadas o

³ Folios 109 a 116.

⁴ Folio 124

⁵ Folios 195 a 200.



actualizadas hasta el momento efectivo de pago; dispuso que por efecto de la compartibilidad pensional que opera respecto de la prestación de carácter convencional que reconocía Positiva Compañía de Seguros S.A. a la convocante y, como el valor de la pensión legal supera el de la prestación convencional, aquella quedó relevada de sufragar dicha pensión convencional a partir de 26 de agosto de 2016, pues, no existe un mayor valor a reconocer; autorizó a la Administradora del RPM a otorgar el retroactivo diferencial causado distribuyéndolo entre un reintegro a Positiva y la diferencia a favor de María Elvira Huérfano, lo cual debe efectuar de manera conjunta; absolvió a la ETB de todas y cada una de las pretensiones; impuso costas a COLPENSIONES; autorizó a la Administradora del RPM a descontar del retroactivo diferencial adeudado los aportes en salud con destino a la EPS en que se encuentre afiliada la accionante ⁶.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó acreditado dentro del proceso, que María Elvia Huérfano estuvo afiliada para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al Instituto de Seguro Social – ISS y, a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, aportando 1632 semanas de 17 de julio de 1984 a 31 de agosto de 2016, cotizando a través de varios empleadores, entre ellos la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., situaciones fácticas que se coligen del reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES⁷ y, la Resolución GNR 331825 de 09 de noviembre de 2016⁸.

⁶ Folios 281 a 284

⁷ Folios 4 a 9.

⁸ Folios 12 a 16.



Mediante Comunicación de 19 de agosto de 2010, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. - ETB reconoció a María Elvia Huérfano pensión de jubilación convencional, a partir de 26 de julio de ese año, en cuantía de \$2'141.088.00, conforme a lo establecido en el artículo 21 literal a) numeral 1) del Convenio Colectivo de Trabajo, además, la ETB advirtió que una vez reconocida la pensión de vejez, a cargo de la Empresa quedaba únicamente el mayor valor de la diferencia entre las prestaciones, si lo hubiere, además el retroactivo que se generara se debía girar a la entidad⁹.

A través de contrato de conmutación pensional suscrito por la ETB y Positiva Compañía de Seguros S.A. el 31 de julio de 2013, se convino que ésta sociedad asumía el pago del pasivo pensional de la ETB, además, se obligó a seguir cancelando los aportes a pensión a partir de 01 de septiembre de ese año¹⁰.

El 16 de septiembre de 2016, Positiva Compañía de Seguros S.A. solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez de carácter compartida a favor de María Elvia Huérfano, reconocida mediante Resolución GNR 331825 de 09 de noviembre de esa anualidad, en cuantía inicial de \$2'162.477.00, a partir de 26 de agosto de 2016, conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, liquidada sobre 1632 semanas cotizadas de 17 de julio de 1984 a 31 de agosto de 2016, sobre el IBL de \$2'989.738.00, una tasa de reemplazo de 72.33%, pensión compartida con arreglo del artículo 18 del Acuerdo 049 de

⁹ Folio 10 y CD folio 280, documento: 08, página 26.

¹⁰ Folios 201 a 207.



1990, por ello, otorgó el retroactivo pensional a Positiva Compañía de Seguro S.A., como da cuenta el acto administrativo en cita¹¹.

El 14 de marzo de 2020, la demandante solicitó la reliquidación pensional con arreglo al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y una tasa de reemplazo de 90%, como beneficiaria del régimen de transición¹².

María Elvia Huérfano nació el 26 de agosto de 1959, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

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

RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, garantizaba a las mujeres con 35 años o más de edad y a los hombres con 40 o más de edad o, 15 o más años de servicios o cotizaciones para aquellas y éstos, que su pensión se otorgaría con el régimen de transición, que en el *examine*, atendiendo sus cotizaciones a la Administradora del RPM, sería el Acuerdo 049 de 1990, en cuyos

¹¹ Folios 12 a 16.

¹² Folios 39 vuelto a 40.

¹³ Folio 3.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 015 2020 00129 02
Ord. María Elvía Huérfano V. Colpensiones y otro

términos, accedería a la pensión de vejez a los 55 años de edad por ser mujer y 1000 semanas de aportes en cualquier tiempo o 500 dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida.

Cabe precisar, que el 30 de junio de 1995 fue la *data* de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos del orden territorial¹⁴, atendiendo que María Elvía Huérfano laboraba para la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. – ETB, tenía la calidad de servidora pública y, el régimen de transición entró en vigencia el 30 de junio de 1995, calenda para la que María Elvía Huérfano contaba con 35 años de edad, pues, nació el 26 de agosto de 1959¹⁵, siendo beneficiaria del régimen de transición.

Con todo, el Acto Legislativo 01 de 2005 reformó el artículo 48 Constitucional, señalando en el artículo primero párrafo transitorio 4 que *“el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”*.

Reforma constitucional que limitó en el tiempo la aplicación del régimen de transición, afectando la expectativa del grupo poblacional que, en principio, era beneficiario de dicho régimen. Así, el Congreso de la República, como constituyente derivado o secundario, dispuso como

¹⁴ Ley 100 de 1993 artículo 151 PARÁGRAFO 1º Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

¹⁵ Folio 3.



fecha final del régimen de transición el 31 de julio de 2010, sin embargo, las personas que a la entrada en vigencia de la reforma constitucional tuvieran 750 semanas cotizadas, lo mantendrían hasta 2014.

En este orden, se deben verificar dos situaciones respecto de la accionante: (i) si para 31 de julio de 2010 había causado el derecho pensional, en caso contrario, (ii) si su régimen de transición se extendió hasta 2014.

En el *examine*, a 31 de julio de 2010 María Elvia Huérfano contaba con 50 años de edad¹⁶ y 1316.70 semanas, según se refleja en la historia laboral¹⁷, entonces, no cumplía los requisitos para acceder al derecho en dicha calenda, al no superar el requisito de la edad.

Ahora, a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, la asegurada contaba con 1059.30 semanas¹⁸, por ello, los beneficios transicionales se le extendieron hasta 2014.

En este orden, atendiendo que la demandante cumplió 55 años el 26 de agosto de 2014 y cotizó 1632 semanas durante su vida laboral¹⁹, superó los condicionamientos legales para acceder a la pensión anhelada, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por tanto, procede la reliquidación solicitada, en consecuencia, se confirmará la sentencia consultada en este aspecto.

¹⁶ Folio 3

¹⁷ Folios 4 a 9

¹⁸ Folios 4 a 9

¹⁹ Folios 4 a 9



Ahora, como la última cotización fue efectuada el 30 de agosto de 2016²⁰, la prestación económica procede a partir del día siguiente, 01 de septiembre de 2016, no obstante, COLPENSIONES otorgó la pensión de vejez desde 26 de agosto de 2016, calenda que no se modificará, pues, no fue objeto de debate. Cabe precisar, que la prestación jubilatoria se otorga con una mesada adicional, pues, en los términos del artículo 1° parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, el derecho se causó con posterioridad a 31 de julio de 2011, en este sentido se confirma el fallo consultado.

Cumple mencionar, que se tendrá en cuenta el IBL establecido por la Administradora del RPM, en tanto, su valor no se discutió por las partes, que corresponde a \$2'989.738.00, al que con arreglo al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, se le aplicará una tasa de reemplazo de 90%, en tanto, la convocante cotizó 1632 semanas durante toda la vida laboral.

Efectuadas las operaciones aritméticas con apoyo del Grupo Liquidador, adjuntas a ésta decisión²¹, atendiendo el IBL de \$2'989.738.00, al aplicar la tasa de reemplazo de 90%, arroja una primera mesada pensional de \$2'690.764.20, superior a la otorgada por COLPENSIONES en el acto administrativo de reconocimiento - \$2'162.477.00 -, surgiendo procedente la reliquidación pretendida, en este aspecto y, en el valor reliquidado también se confirmará el fallo consultado.

²⁰ Archivo 03Expeienteadministrativo folios 163 a 171.
²¹ Creado mediante Acuerdo PSAA.15-10402 de 2015.



EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a lo dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. Adicionalmente, en materia pensional por sabido se tiene que al tratarse de una prestación de tracto sucesivo y carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en sí mismo, sino respecto de las mesadas dejadas de cobrar por tres años²².

En el *sub judice*, la pensión de vejez fue reconocida mediante resolución de 09 de noviembre de 2016; el 14 de marzo de 2020 la demandante solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de la prestación conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990²³ y; el 12 de marzo de 2020, fue radicado el *libelo incoatorno*, como da cuenta el acta de reparto²⁴, en consecuencia, se configuró el medio exceptivo propuesto respecto de las diferencias causadas con anterioridad a 14 de marzo de 2017, sin embargo, el *a quo* determinó que los reajustes generados antes de 14 de marzo de 2018 estaban prescritos, calenda que no se modificará atendiendo que dicha conclusión no fue objeto de reproche por la accionante o por Positiva Compañía de Seguros S.A., además, se haría más gravosa la situación de COLPENSIONES, en cuyo favor se surte el grado jurisdiccional de consulta, en este tema, se confirmará la sentencia de primera instancia.

También se confirmará la decisión del *a quo* en el sentido de autorizar a la Administradora del RPM para que descuenta del retroactivo

²² CSI, Sala Laboral, sentencia con radicado 15812 de 26 de enero de 2006.

²³ Folios 39 vuelto a 40.

²⁴ Folio 35.



diferencial adeudado los aportes en salud y los transfiera a la EPS en donde se encuentre afiliada la accionante, al ser una obligación de orden legal de las entidades pagadoras de pensiones, como lo han explicado los precedentes judiciales²⁵.

COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN EXTRALEGAL CON LA LEGAL

Sobre la compartibilidad de la pensión de jubilación de naturaleza convencional con la legal de vejez a cargo del Sistema de Seguridad Social, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha adoctrinado que ello tiene como finalidad, que los empleadores inscritos al Instituto de Seguros Social, se liberen en forma total o parcial de las prestaciones extralegales a su cargo, siempre que, continúen cotizando a favor del trabajador para los riesgos de IVM, hasta que el asegurado cumpla los requisitos legales de la pensión de vejez, como lo previó el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985 y lo reiteró el artículo 18 Acuerdo 049 de 1990, entonces, por regla general las prestaciones son compartibles si se causan con posterioridad a 17 de octubre de 1985, fecha de expedición del primero de los acuerdos en cita, salvo, pacto expreso en contrario²⁶.

En el *examine* la prestación jubilatoria convencional concedida a María Elvia Huérfano por la empleadora Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. – ETB, a partir de 26 de julio de

²⁵ CSI, Sala Laboral, Sentencia con radicado 52165 de 04 de noviembre de 2015, que reitera las sentencias con radicado 46576 de 23 de marzo de 2011, 52643 de 17 de abril de 2012, entre otras.

²⁶ CSI, Sala Laboral, Sentencia con radicado 65285 de 03 de diciembre de 2019.



2010, es compartida, en tanto, se otorgó con posterioridad a 17 de octubre de 1985, tampoco se aportó el ordenamiento extralegal para verificar si este disponía expresamente su compatibilidad con la de vejez reconocida por COLPENSIONES, por el contrario, con el oficio de 19 de agosto de 2010 la empleadora advirtió a la accionante que una vez reconocida la prestación de vejez, solo asumiría el mayor valor si lo hubiere y, el retroactivo que se generara correspondería a la entidad²⁷, comunicación que hace evidente que la pensión extralegal era compatible con la de vejez, en este sentido, se confirmará la decisión de primer grado.

En el *examine*, se actualizó la mesada pensional convencional para 2016 que equivalía a \$2'648.299.00²⁸, ahora, como la reliquidada asciende a \$2'690.664.00, surge evidente que no había diferencia alguna, esto es, mayor valor a cargo de la ex empleadora, quedando Positiva Compañía de Seguros S.A. relevada de pagar alguna suma desde 26 de agosto de 2016, en este aspecto también se confirmará el fallo consultado.

Siendo ello así, atendiendo que Positiva Compañía de Seguros S.A. continuó pagando la prestación convencional en el mayor valor, después del reconocimiento inicial de la Administradora del RPM, pese a que la aseguradora ya estaba relevada de la obligación, el retroactivo pensional causado debe ser distribuido entre Positiva Compañía de Seguros S.A. y la demandante, a partir de 14 de marzo de 2018, en este sentido se confirmará el fallo de primera instancia.

²⁷ Folio 10 y CD folio 280, documento: 08, página 46.

²⁸ Con apoyo del Grupo Liquidador.



INDEXACIÓN

La indexación es un método económico utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación y, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener su valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo²⁹.

Bajo este entendimiento, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procede la indexación sobre las diferencias retroactivas causadas hasta la fecha de su pago efectivo, en este sentido, se confirmará la sentencia consultada en este tema.

Igualmente se confirma la condena en costas, con arreglo al artículo 365 del CGP y lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁰, atendiendo que COLPENSIONES fue parte vencida en el proceso.

Sin costas en esta instancia.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia con radicado 52290 de 30 de julio de 2014, citando la sentencia con radicado 46832 de 12 de agosto de 2012.

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 015 2020 00129 02
Onf. María Elvia Huérfano Vx. Colpensiones y otro

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

RESUELVE

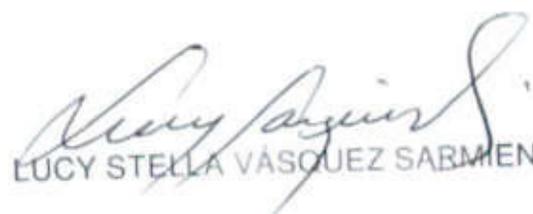
PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo consultado, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMENTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -		CASACIÓN	
MAGISTRADO: DRA. LILLY YOLANDA VEGA			
RADICADO: 110013105015202012903			
DEMANDANTE / MARIA HUERFANO			
DEMANDADO: COLPENSIONES			
1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA		
FECHA SENTENCIA			

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: realizar retroactivo de diferencias pensionales según instrucciones del despacho.

Primera Mesada Pensional	
Ingreso Base Liquidación	\$ 2.989.738,00
Porcentaje aplicado	90%
Primera mesada	\$ 2.690.764,20
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2016	\$ 689.455,00

Fecha Inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada convencional	Mesada Colpensiones 2	Diferencia 1-2	Mesada retrocedida 3	Diferencia entre 1-3	Diferencia para retroactivo	N° Mesadas	Retroactivo para ETB	Retroactivo para demandante
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 2.141.088						0,00		\$ 0,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.208.960						0,00		\$ 0,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.291.355						0,00		\$ 0,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.347.264						0,00		\$ 0,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.392.801						0,00		\$ 0,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.480.377						0,00		\$ 0,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.648.299	\$ 2.163.477	\$ 485.822	\$ 2.690.764	-\$ 42.465	\$ 528.287	10,57	\$ 5.133.516	\$ 448.718,5
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.800.576	\$ 2.285.919	\$ 513.756	\$ 2.845.483	-\$ 44.907	\$ 558.664	13,00	\$ 6.878.834	\$ 583.794,1
14/03/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.915.119	\$ 2.380.350	\$ 534.769	\$ 2.961.863	-\$ 46.744	\$ 581.513	13,00	\$ 8.951.999	\$ 607.871,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.007.820	\$ 2.458.045	\$ 551.775	\$ 3.056.051	-\$ 48.230	\$ 600.005	13,00	\$ 7.173.072	\$ 626.995,2
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 3.122.117	\$ 2.549.375	\$ 572.742	\$ 3.172.181	-\$ 50.063	\$ 622.805	13,00	\$ 7.445.849	\$ 650.821,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 3.172.384	\$ 2.590.420	\$ 581.963	\$ 3.223.253	-\$ 50.869	\$ 632.833	13,00	\$ 7.565.024	\$ 661.299,2
01/01/22	31/08/22	5,62%	\$ 3.350.671	\$ 2.735.002	\$ 614.670	\$ 3.404.399	-\$ 53.728	\$ 658.398	8,00	\$ 4.917.358	\$ 429.824,1
Total retroactivo										\$ 45.865.957,4	\$ 4.009.123,2

Fecha Inicial	Fecha final	remedio de días	Interés	Tasa ordinaria	Capital	Subtotal
09/12/19	15/05/23	1240	30,27%	0,0735%	\$ 11.750.000,00	\$ 10.706.367,05
Total Intereses						\$ 10.706.367,05

Fuente	Tabla del PC - DANE. fotos del proceso.
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE MARÍA DEL PILAR GÓMEZ MURCIA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 31 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS efectuado a través de PORVENIR S.A., Administradora que omitió su deber de información, en consecuencia, se condene a la AFP a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación como cotizaciones, bonos pensionales y, rendimientos causados; la Administradora del RPM debe afiliarla, recibir los valores señalados y, contabilizarlos para efectos de su pensión; *ultra y extra petita* y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social de 03 de marzo de 1986 a 30 de noviembre de 2006; se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A., con efectividad el 01 de diciembre de la última anualidad en cita; no recibió asesoría sobre las diferencias entre los regímenes pensionales, ni lo que le convenía atendiendo su situación particular, cuánto debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a una pensión con la cual mantener su mínimo vital, tampoco le informó sobre los descuentos a sus aportes para el pago de seguros o la contratación de renta vitalicia o, el fondo de solidaridad pensional o, los costos de administración, la posibilidad de negociar el bono pensional para anticipar su pensión, el derecho de retracto, la forma de liquidación de la mesada en el RAIS, ni la pensión anticipada, tampoco elaboró proyecciones en alguno de los regímenes; el 22 de julio de 2022 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM, recibiendo respuesta negativa en igual fecha¹.

¹ Documento 4, páginas 2 a 13.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó que la demandante actualmente está vinculada a esta AFP. En su defensa 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, su buena fe².

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES rechazó los pedimentos, en relación con los supuestos fácticos aceptó la afiliación al ISS y, la solicitud de 22 de julio de 2022 con respuesta negativa. Propuso 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, improcedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

² Documento 8, páginas 2 a 36.

³ Documento 9, páginas 2 a 40.



El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado efectuado por María del Pilar Gómez Murcia al RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, ordenó a esta AFP remitir a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses con sus rendimientos; condenó al fondo privado a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por gastos de administración, conforme al tiempo de permanencia de la afiliada; ordenó a la Administradora del RPM volver a afiliar a la accionante al régimen público y, recibir los valores provenientes de la AFP e; impuso costas a PORVENIR S.A.⁴

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 señala las consecuencias de la ineficacia del traslado por falta al deber de información, sin que la Administradora del RPM pueda resultar afectada, sin embargo, con la decisión adoptada se afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y se pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social, pues, es contrario a la justicia material permitir que personas que no han contribuido al régimen público se beneficien a costa de los recursos de los demás afiliados, conforme a las Sentencias C – 1024 de 2004, SU – 062 de 2010 y SU – 130 de 2013. Subsidiariamente, si se confirma el fallo de primera instancia, PORVENIR S.A. no debe realizar deducciones por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia. Solicitó ser autorizada para obtener por las vías judiciales el valor de los

⁴ Archivo 14 y Documento 15.



perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante. Finalmente, no debe ser condenada en costas de segunda instancia, ya que, ha sido un tercero de buena fe ajeno al acto de traslado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que María del Pilar Gómez Murcia estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social – ISS de 03 de marzo de 1986 a 30 de noviembre de 2006, aportando 1069.43 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 11 de octubre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., con efectos desde 01 de diciembre de 2006; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por COLPENSIONES⁵, la historia laboral consolidada⁶, el certificado de afiliación⁷ y, la relación histórica de movimientos⁸, expedidos por PORVENIR S.A., la historia válida para bono⁹ y, el resumen de historia laboral¹⁰, elaborados por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el formulario de afiliación¹¹, el resumen de la cuenta individual de ahorro pensional¹² y, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹³.

⁵ Documento 9, páginas 63 a 72.

⁶ Documento 1, páginas 17 a 30.

⁷ Documento 8, página 39.

⁸ Documento 8, páginas 53 a 66.

⁹ Documento 1, páginas 31 a 36.

¹⁰ Documento 8, páginas 88 a 92.

¹¹ Documento 8, página 37.

¹² Documento 8, página 38.

¹³ Documento 8, páginas 84 a 87.



Gómez Murcia nació el 01 de septiembre de 1964, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹⁴.

El 28 de marzo de 2019, la demandante solicitó a COLPENSIONES el traslado al RPM¹⁵ y, al día siguiente radicó formulario de afiliación¹⁶; con oficio de 29 de marzo de 20219, la Administradora del RPM le indicó que enviaría a ASOFONDOS la petición de traslado del RAIS al RPM, para establecer su viabilidad bajo la Sentencia SU – 062 de 2010¹⁷ y, mediante comunicación de 13 de agosto de ese año, manifestó que la actora no contaba con 15 años o más de servicios o cotizaciones a 01 de abril de 1994¹⁸. El 22 de julio de 2022, la convocante radicó en COLPENSIONES nuevo formulario de afiliación¹⁹, rechazado, porque, se encontraba a diez años o menos de la edad de pensión²⁰.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

¹⁴ Documento 1, página 13.

¹⁵ Documento 10, páginas 85 a 87.

¹⁶ Documento 10, página 89.

¹⁷ Documento 4, páginas 36 a 37.

¹⁸ Documento 10, páginas 6 a 7.

¹⁹ Documento 10, página 88.

²⁰ Documento 1, página 16.



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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio²¹; (ii) comunicado de 11 de mayo de 2022 de PORVENIR S.A., informando a la demandante que había concluido el trámite de reconstrucción de su historia laboral²²; (iii) oficio sin fecha ni constancia de recibido, en que la AFP hizo entrega a la accionante de su historia laboral²³; (iv) concepto de 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia²⁴; (v) comunicados de prensa²⁵ y; (vi) expediente administrativo²⁶.

También se recibió el interrogatorio de parte de María del Pilar Gómez Murcia²⁷.

²¹ Documento 1, páginas 43 a 66.

²² Documento 1, páginas 39 a 42.

²³ Documento 8, páginas 67 a 68.

²⁴ Documento 8, páginas 98 a 104.

²⁵ Documento 8, páginas 105 a 107.

²⁶ Documento 10.

²⁷ Archivo 14, min. 12:38. Dijo ser empleada de la Universidad de la Sabana. Narró que en 2006 una asesora de PORVENIR S.A. acudió a la empresa. En oportunidades anteriores, le habían propuesto trasladarse y ella había rechazado. Sin embargo, en esta otra ocasión le indicaron que el ISS iba a fracasar, que debía pasarse a PORVENIR S.A. porque le traería muchos beneficios y ventajas. Mientras la asesora le hablaba de lo bueno que era vincularse al fondo privado, diligenciaba la documentación necesaria para el trámite de afiliación. La deponente sólo firmó. En cuanto a los beneficios señalados, le manifestaron que a los 25 años de servicios podía pensionarse y que la pensión sería bien liquidada, lo que vio como una oportunidad para compartir con sus hijas. No realizó aportes adicionales. Al darse cuenta que el fondo privado no era la mejor opción, intentó regresar a COLPENSIONES, pero fue rechazada porque debía permanecer cinco años afiliada o porque le faltaban menos de 10 años para pensionarse. En total, recibió una respuesta negativa en 3 ocasiones, siendo la última de ellas en 2019. No ha solicitado pensión de vejez. No tramitó la pensión anticipada porque no recibió asesoría. No se acercó a PORVENIR S.A. para solicitar información, debido a sus ocupaciones y porque esperaba que el fondo fuera a la universidad, de la misma manera que la buscaron para vincularla. Desde hace un tiempo recibe extractos. Los revisa, pero no son entendibles. Busca regresar a COLPENSIONES



Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 11 de octubre de 2006²⁸, se lee:

"REITERO QUE HE SIDO ASESORADO SUFICIENTEMENTE ACERCA DEL SIGNIFICADO E IMPLICACIONES DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL CUAL SOY BENEFICIARIO Y QUE DE PERMANECER EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA ADMINISTRADO POR EL ISS, PODRÍA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ EN CONDICIONES ESPECIALES. SIENDO CONSCIENTE DE ELLO, HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO ADEMÁS SOBRE TODOS LOS ASPECTOS PROPIOS DEL MISMO, PARTICULARMENTE SOBRE LA PÉRDIDA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, SOBRE LOS BONOS PENSIONALES Y LA FORMA DE FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES Y SOBRE LOS REQUISITOS VIGENTES PARA ACCEDER A LAS PENSIONES EN ESTE RÉGIMEN. IGUALMENTE, DECLARO QUE SELECCIONO A PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, HABIENDO SIDO INFORMADO TAMBIÉN, EN FORMA PREVIA, DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DE MI DECISIÓN DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS Y, EN CONSECUENCIA, AUTORIZO EXPRESA E IRREVOCABLEMENTE A PORVENIR PARA QUE VERIFIQUE LA EXACTITUD Y VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN."

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

porque la AFP le ofrece una pensión de salario mínimo, mientras que en la primera entidad recibiría un monto de \$1.800.000,00 o \$2.000.000,00.

²⁸ Documento 8, página 37.



Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria²⁹; resaltando además, que *"...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..."*³⁰.

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

²⁹ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³⁰ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



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

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³¹.

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

³¹ CSI, sentencias STL - 8703 de 14 de octubre de 2020, STL - 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020.



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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación, en este orden, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de María del Pilar Gómez Murcia en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada, destinados a financiar su eventual prestación de vejez; **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³², en ese sentido se adicionará el fallo de primer grado, atendiendo la apelación interpuesta y el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores, reactivar la afiliación de la demandante y, actualizar su historia laboral, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

³² CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado de la accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, aportes destinados al fondo de la garantía mínima; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³³, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS.

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

³³ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003



afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, PORVENIR S.A. tenía la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo. En adición a lo anterior, la imposición oficiosa de la actualización no vulnera la congruencia que debe existir entre las pretensiones y la sentencia sino que materializa los principios de equidad e integralidad del pago³⁴.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

³⁴ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado Nº 52290 de 30 de julio del 2014, en la que cita la Sentencia Nº 46832 de 12 de agosto de 2012, así como las decisiones SL 359, SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³⁵, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *"la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"*³⁶.

Siendo ello así, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

³⁵ CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³⁶ CSJ, Sala Laboral, sentencia 47984 de 20 de abril de 2015.



Finalmente, en cuanto a la petición subsidiaria de COLPENSIONES, manifestada en el recurso de apelación, de ser autorizada para acudir a las vías judiciales y obtener el valor de los perjuicios que se le causen como consecuencia de la decisión, cabe precisar, que de presentarse esos perjuicios, la Administradora del RPM tiene la facultad de decidir si inicia o no algún tipo de reclamación judicial, sin que requiera autorización de esta Corporación.

No se imponen costas en la alzada, porque, no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio y de manera indexada, la disminución en el capital de financiación de la pensión de María del Pilar Gómez Murcia por gastos de administración, sumas previsionales de invalidez y sobrevivencia y, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conforme al tiempo de permanencia en el fondo privado, con arreglo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

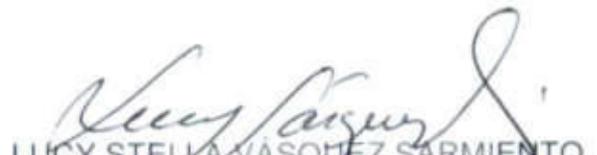
EXPD. No. 035 2022 00344 01
Ord. María Gómez V. COLPENSIONES y otro

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Socio vocal principal


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

