



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

SUMARIO -APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR LUCIA ORDOÑEZ CONTRA CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN Y MEDIMAS EPS.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2023 00816 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Cafesalud EPS contra el fallo proferido el 30 de septiembre de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, en el que se accedió al reembolso de gastos médicos por valor de \$339.000 por concepto de terapias físicas integrales.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión por existir falta de legitimación en la causa por pasiva y que mediante resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la liquidación de Cafesalud EPS

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que se ordenara a Cafésalud EPS, el reconocimiento y pago de la suma de \$339.000 por concepto de los gastos en que incurrió respecto de las terapias físicas integrales prestadas a su hija menor Sara Marcela Rangel Ordoñez en el centro de terapia funcional y deportiva.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al asunto en que su hija había sufrido un desgarro muscular que le impedía moverse por el dolor producido tanto en las piernas como en la cadera y dado que Cafesalud no tenía contrato con terapeutas para el mes de julio de 2017, ordenaron hacer las terapias de forma particular.

II. RESPUESTA DE LAS DEMANDADAS

Medimás EPS, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto solo se nombraba el reconocimiento y pago por parte de Cafesalud EPS siendo que para ese entonces era la entidad encargada de la prestación, destacando que en el evento en que la prestación estuviera dirigida en su contra debía tenerse en cuenta que no eran los obligados a reconocer y pagar las obligaciones causadas cuando no habían iniciado

operaciones y tampoco hacían parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Cafesalud EPS, sostuvo que se oponía a las pretensiones con fundamento en que las terapias físicas suministradas a la hija de la actora Sara Marcela Rangel Ordoñez, fueron prestadas dentro de la operación de Medimás EPS S.A.S., además señaló que no existía legitimación en la causa por pasiva por parte de CAFESALUD EPS, teniendo en cuenta que en virtud de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, Cafesalud no continuó como EPS y no podía ejercer ninguna actividad frente a sus antiguos afiliados en lo relacionado con el derecho de acceso al servicio de salud, prestación eficiente y oportuna del mismo, de suerte que la operación de Cafesalud fue hasta el 31 de julio de 2017 y a partir del 1° de agosto de 2017, quien asumió el aseguramiento de la afiliada fue Medimas EPS. Adicionalmente formuló la excepción genérica.

DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, esto es, a lo relativo al reembolso de \$339.000, a cargo de Cafesalud EPS correspondientes a los gastos demostrados, lo anterior, en atención a que *“(…) el servicio de fisioterapias requerido por la menor Sara Marcela Rangel Ordoñez, se requirió en el mes de julio de 2017; fecha para la cual la usuaria se encontraba afiliada a CAFESALUD EPS, en*

operación para ese momento; tal y como se desprende de la autorización de servicios No. 184578629 del 11 de julio de 2017, para la realización de terapia física integral; no obstante, no contaba con convenio para prestar dicho servicio y se le autoriza a la paciente adquirir el servicio de manera particular y luego presentar solicitud de reembolso”.

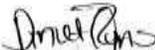
Adicionalmente, se puntualizó que no era procedente la excepción de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Cafesalud EPS, en tanto que los argumentos expuestos no eran justificativos para la pérdida del derecho del usuario a obtener reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que les asisten, las que iniciaron durante la vigencia del mes de julio de 2017.

II. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Cafesalud EPS En Liquidación, impugnó la decisión señalando que existía falta de legitimación por pasiva; aduciendo que no entendía porque el despacho condenó a Cafesalud EPS al pago de una terapia que se prestó en funcionamiento de Medimas EPS debido a que la demandada se encontraba imposibilitada para autorizar la misma pues no estaba en funcionamiento y su habilitación cesó el 01 de agosto de 2017. De igual manera, no era entendible porque el despacho condenó a Cafesalud EPS al pago de unos medicamentos que no tienen relación alguna con las terapias realizadas y fueron comprados de manera previa a la terapia solicitada.

III. CONSIDERACIONES

Para resolver, debe tenerse en cuenta que las terapias fueron ordenadas antes de la expedición de la Resolución No. 2426 de 2017 (1 de agosto), “*Por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional – Creación de Nueva Entidad, presentado por la Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (nit 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5)*”, conforme da cuenta la autorización de servicios obrante en el expediente radicada 11 de julio de 2017 y el certificado expedido por Cafesalud EPS, de fecha 12 de julio de 2017, en el que se autoriza al usuario a solicitar el reembolso bajo las tarifas manejadas como referencia de la EPS, siendo que no hay prestador para el servicio autorizado, como se observa a continuación:

	CAFESALUD EPS	DMR-03-17-4843
Autoriza que el/ta usuario (a) solicite reembolso bajo las tarifas manejadas como referencia de la EPS:		
SARA MARCELA RANGEL ORDONEZ	CC	100050266
TERAPIA FISICA INTEGRAL SOD CAN 10-AUT. 184578629		
no hay prestador para este servicio		
<small>Teniendo en cuenta que se debe presentar el soporte de pago original y demás documentos anexos que soporten el pago del mismo. NO SE ACEPTARAN FACTURAS MANUALES PARA NINGUN CASO Y LOS MEDICAMENTOS REGULADOS DEBEN ACOGERSE EN SU FACTURACION A LAS CIRCULARES EMITIDAS POR EL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL.</small>		
Este certificado se expide el	12/07/2017	
Atentamente,		
		
<small>Coordinación de Red Regional Eje Cafetero</small>		

ARTÍCULO SEXTO. ORDENAR a Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. CAFESALUD EPS S.A. (NIT 800.140.949-6) y a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5), formalizar el Plan de Reorganización Institucional conforme disponga la normativa que les resulte aplicable y realizar los registros respectivos, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo.

De lo anterior resulta claro, que el servicio de terapias debía otorgarse en el mes de julio de 2017, pero ante la imposibilidad de la prestación del servicio por la EPS, fue que estas se recibieron en forma particular entre julio - agosto de 2017, estando así bajo la vigencia de Cafesalud EPS.

Ahora y si bien, mediante la Resolución N° 331 del 23 de mayo del 2022, se declaró terminada la existencia legal de Cafesalud EPS S.A. En liquidación, no puede pasarse por alto lo indicado por nuestro órgano de cierre en la providencia AL 2124-2023, en donde se señaló:

“(…) nótese que el artículo 68 del Código General del Proceso, aplicable a los procesos laborales en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala que «si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren».

Como puede notarse, cuando ocurre la extinción de una persona jurídica no opera su desvinculación como lo solicita Ateb Soluciones Empresariales S.A.S., sino que el proceso continúa su curso normal con la posibilidad de que intervengan terceros interesados en calidad de sucesores procesales. Incluso, en el evento de que estos no comparezcan, en todo caso el proceso continúa hasta que se emita sentencia definitiva con plenos efectos respecto a aquellos.

Ahora, si bien en la Resolución n.° 331 de 23 de mayo de 2022 el liquidador señaló que «no existe subrogatario legal, sustituto procesal, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídica procesal que surta los mismos efectos, sin perjuicio de los activos contingentes y remanentes que se discuten judicial y administrativamente», ello tampoco implica que proceda la desvinculación de la entidad.

Nótese que los artículos 9.1.3.6.4 y 9.1.3.6.5 literal d) del Decreto 2555 de 2010, que rigieron la liquidación forzosa administrativa de Cafesalud E.P.S. S.A., establecen que cuando subsisten procesos o situaciones jurídicas no definidas, incluso a la terminación de la existencia legal de la sociedad, como ocurre en este caso, el liquidador tiene la obligación de «encomendar la atención de dichas situaciones a otra institución financiera intervenida o a un tercero especializado, previa constitución de una reserva adecuada».

Justamente en cumplimiento de lo anterior el liquidador de la entidad suscribió con la empresa ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. el contrato de mandato con representación n.° 015 de 2022, a través del cual le encomendó no solo su representación en «los procesos judiciales y actuaciones administrativas, o de otro tipo en los cuales sea parte, tercero, interviniente o litisconsorte CAFESALUD EPS SA y CAFESALUD EPS S.A EN LIQUIDACIÓN», sino también la administración de «los recursos y bienes que se entreguen al momento del cierre del proceso liquidatorio de Cafesalud EPS SA en liquidación y los demás que ingresaren en virtud del recaudo de cartera, y la recuperación de

excedentes y rendimientos financieros y demás recursos que ingresen conforme a lo instruido por el mandante».

En ese contexto, es evidente que Cafesalud E.P.S. S.A. liquidada debe continuar vinculada al presente proceso ordinario laboral, solo que su representación ahora está a cargo de ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. en calidad de vocera y administradora de los recursos de la misma en los términos del poder conferido.

Por otra parte, en lo que concierne al reparo relacionado con la falta de recursos suficientes para satisfacer las eventuales condenas que se impongan en este trámite, la Corte advierte que las pruebas suministradas dan cuenta de que en efecto en la Resolución n.° 003 de 2022 -por medio de la cual se declaró el desequilibrio financiero de la entidad- el liquidador estableció la imposibilidad material y financiera de constituir la reserva técnica y económica que dispone el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 -reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso- ante la falta de activos que permitieran pagar los créditos de la entidad, lo que a la postre motivó la terminación de su existencia legal en los términos de la Resolución n.° 331 de 23 de mayo de 2022.

Así mismo, se advierte que en este último acto administrativo se estableció que «en caso de producirse cualquier tipo de condena por concepto de procesos judiciales ordinarios, declarativos, ejecutivos, de responsabilidad fiscal y/o sancionatorios en contra, no será posible efectuar el pago».

Sin embargo, a juicio de la Sala tal circunstancia tampoco conlleva la desvinculación de la entidad como lo pretende la solicitante.

Lo anterior, en primer lugar, porque este argumento parte de un hecho que es conjetural o hipotético, en la medida en que asume que existirá una condena en el presente proceso, pese a que este aún sigue en trámite en sede de casación y, por tanto, sin sentencia judicial en firme y que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Y en segundo lugar, no hay norma procesal que establezca que la falta de recursos de una de las partes sea una causal para su desvinculación.

El argumento que alude el solicitante podría tener pertinencia o incidencia en el cumplimiento de una eventual condena que se imponga en el juicio, pero en modo alguno en la desvinculación del proceso.

(...)"

De conformidad con el precedente citado, resulta claro que la obligación se encuentra en cabeza de Cafesalud EPS y por tanto no resultaba procedente la declaratoria de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En lo que respecta al argumento relacionado con el pago de unos medicamentos que no tenían relación alguna con las terapias realizadas y/o que fueron comprados de manera previa a la terapia solicitada, debe tenerse en cuenta que el

valor ordenado corresponde a las terapias recibidas en el Centro de Fisioterapia Funcional y Deportiva Jhon Román, conforme lo acreditan la factura de venta No. 0028, los distintos recibos de caja allegados y las facturas relacionadas con los insumos requeridos para el tratamiento ordenado.

Bajo las anteriores consideraciones se procederá a confirmar la decisión emitida en primera instancia.

Sin Costas en esta instancia,

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 30 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA

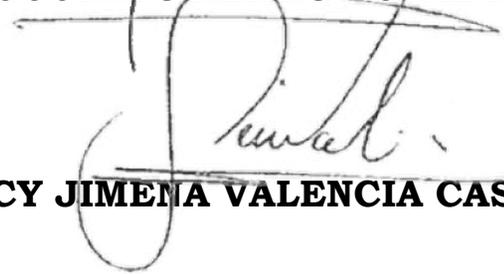
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
NUBIA ESPERANZA SOLER BELTRAN CONTRA COMPENSAR
EPS**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2023 00843 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Compensar EPS contra el fallo proferido el 23 de febrero de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, en el que se accedió al reembolso de gastos médicos por valor de \$7.771.292.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a Compensar EPS de las condenas impuestas.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que se ordenara a Compensar EPS, el reconocimiento y pago de la suma de \$7.771.292 por concepto de los gastos en que incurrió por concepto de biopsia y drenaje quirúrgico realizado en la clínica de la mujer.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al asunto en que el 25 de septiembre de 2021 ingreso a urgencias en la cruz roja de alquería por un fuerte dolor en el seno izquierdo, en donde se le tomaron exámenes de laboratorio y ecografía que salieron mal siendo remitida en la madrugada del día siguiente a la clínica Mederí en donde se le clasifico en triage 3 y se le ordenó biopsia de mama, no obstante, no pudo recibir la atención requerida por lo que el 27 de septiembre de 2021, se dirigió a la Liga contra el cáncer para obtener cita de mastología siendo diagnosticada con cuadro de mastitis crónica por lo que debía ser hospitalizada para realización de biopsia y drenaje quirúrgico de emergencia, el día 28 de septiembre acudió al hospital san Ignacio porque las dolencias eran muy fuertes, en donde le efectuaron la biopsia del nódulo pero debía esperar los resultados, posteriormente, adujo que en horas de la tarde de ese mismo día acudió a seguimiento en la clínica del seno en Compensar en donde se confirmó el diagnóstico y se le direccionó para urgencias, por lo que el 29 de septiembre se direccionó a la clínica de la mujer

por estar en listado de urgencias de compensar, no obstante, allí se le informó que solo atendían plan complementario, en donde solicitó su atención en forma particular y se le practicó la intervención requerida.

II. RESPUESTA DE COMPENSAR EPS

La demandada sostuvo que se oponía a las pretensiones con fundamento en los siguientes puntos: i) no existe prueba que acredite la solicitud del servicio adquirido de manera particular por parte de la demandante a mi representada; ii) no se agotaron los canales de comunicación con la EPS para consultar la red de urgencias; iii) la Clínica de la Mujer no es red contratada para el PBS , ante lo cual, la Clínica de la Mujer debió solicitar de manera oportuna, la validación para traslado a la Central de Acompañamiento al Prestador; iv) El ingreso inicial fue realizado al Hospital San Ignacio según autorización 212718625210024 y el plan de manejo indica realización de biopsia el día 30 de septiembre (día siguiente). En dicha fecha la IPS debería solicitar autorización a la EPS, lo cual no ocurrió por cuanto la accionante no asistió; v) Después de este concepto, se evidencia ingreso a urgencias a Clínica de la Mujer según autorización 212738627229746 del 30 de septiembre de 2021, en donde se evidencia según adjuntos ATENCIÓN PARTICULAR; vi) no se evidencia solicitud de servicios o tecnologías derivadas de dicha atención de urgencias; vii) no se evidencia URGENCIA VITAL sobre el servicio adquirido de manera particular; viii) la demandante decidió de manera libre y voluntaria, adquirir la prestación del servicio de manera particular; ix) Que Compensar EPS tiene a su disposición una

amplia red de profesionales, para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la población afiliada y x) no se cumplen los criterios establecidos en el literal b) del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, por cuanto no se evidencia que mi representada haya negado el servicio.

II. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, esto es, a lo relativo al valor de \$7.771.292, correspondiente a los gastos demostrados, lo anterior, en atención a que *“(..). una vez revisado el acervo probatorio contentivo dentro del expediente y según da cuenta la historia clínica de la paciente, se concluye que “...la demandante presentaba un proceso inflamatorio de naturaleza infecciosa que comprometía un órgano (la glándula mamaria izquierda) lo cual establece una urgencia...” y que el cuadro clínico de urgencia se mantuvo desde su ingreso a Cruz Roja – Alquería y hasta la atención recibida en la Clínica de la Mujer, donde incluso tuvo que ser intervenida quirúrgicamente por dicho cuadro.”*

A renglón seguido se indicó que *“se trataba de una alteración de la integridad física que exigía tratamiento urgente a efecto de evitar mayores complicaciones en su salud; por lo tanto, no le asiste razón a COMPENSAR EPS, cuando afirma que el cuadro clínico de la demandante no se trataba de una atención de urgencias; toda vez, que la situación de la usuaria requería un tratamiento urgente, y que los procedimientos quirúrgicos*

indicados por los médicos tratantes ameritaban prioridad e inmediatez teniendo en cuenta la alteración física que presentaba y en procura de evitar una complicación mayor en su salud.” concluyendo así que se evidenciaba inoportunidad y negligencia de COMPENSAR EPS, para garantizar la inmediatez en la atención de una urgencia.

III. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Compensar EPS, impugnó la decisión señalando que no fue renuente ni negligente en la prestación de servicios de salud, contrario a ello, adujo que la parte actora decidió de manera VOLUNTARIA adquirir atención particular en una IPS que, además, no tienen convenio con Compensar EPS para la atención de Afiliados al Plan de Beneficios en Salud y que tampoco realizó el trámite de referencia para que la paciente fuera remitida a la red de su representada, razones por las que solicita revocar la decisión.

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por Compensar EPS, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 (Modif. Art. 6 de la Ley 1949 de 2019) y el artículo 14 de la Resolución N° 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, el reconocimiento de reembolsos por gastos de servicios de salud procede en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. **En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, se tiene que para el reconocimiento de dichos reembolsos se requiere: i) que la solicitud se realice en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y ii) adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.

Al respecto, debe señalarse que si bien la Resolución No. 5261 de 1994, contempla un término para presentar la solicitud de reembolso, dicho plazo corresponde al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el no cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el

reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren.

Precisando lo anterior, se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud accedió al reembolso de la suma reclamada con fundamento en un actuar inoportuno y negligente respecto a la atención de la urgencia que presentó la actora por un proceso inflamatorio de naturaleza infecciosa que comprometía su glándula mamaria izquierda aspecto que controvierte la EPS al señalar que la parte actora decidió de manera voluntaria adquirir atención particular en una IPS que no tenía convenio con Compensar EPS para la atención de PBS y que tampoco realizó el trámite de referencia para que la paciente fuera remitida a la red de prestadores de la EPS.

Así, lo primero que habría que señalar es que de los documentos allegados al expediente tales como la epicrisis y/o historias clínicas expedidas por la Cruz Roja Colombiana la Clínica Mederi, Liga contra el cáncer, Hospital Universitario San Ignacio, Clínica del Seno y Clínica de la mujer, se desprende que la afección padecida por la actora fue empeorando al transcurrir los días y además requería un trámite de urgencia, nótese como en el registro de atención inicial efectuado en la historia clínica de la Clínica Mederí se detalla que la actora ingreso el 26 de septiembre en camilla de ambulancia móvil de la cruz roja remitida de samu sur, como se observa a continuación:

INFORMACIÓN DE LA ATENCIÓN INICIAL

Motivo de consulta y enfermedad actual
 MC: "PARA QUE ME VEA CIRUGIA DE MAMA"
 EA: PACIENTE 33 AÑOS QUIEN INGREA EN CAMILLA DE AMBULANCIA MOVIL 1383 CRUZ ROJA REMTIDA DE SAMU SUR EN COMPAÑIA DE FAMILIAR ANTOTTO RODRIGUEZ CC 80760127 SIN ANTECEDNETE QUIEN INGRESA POR 5 CUARO CLINIC DE 5 DIAS DE EVOLUCION DE PARACION DE MASA EN MAMA IZQ DOLOROSA ON CALOR ERITEMA Y FIEBRE 38.5 QUIEN VENIA EN MANEJO CON CIPROFLOXACINO SIN EMBARGO APESAR DE MANEJO PERSISTIO CON MASA Y FIEBER POR LO QUE CONSULTO A URGENCIAS REMITEN PARA VX POR CX DE MAMA. POR HALLAZGOS EN ECOGRAFIA EXTRAINSTITUCIONAL.
 ECO MAMA : 25/09/21
 MAMA IZQ : IMAGEN NODULAR SOLIDA IRREGULAR 13*9*15MM CON ECTASIA DUCTAL ADEMAS CAMBIOS INFLAMATORIOS DE PIEL . BIRADS 4B.
Enfermedad actual:

Así mismo, debe indicarse que aunque el plan de manejo en la referida clínica fue el siguiente:

Fecha: 26/09/2021 10:47
 Evolución Médica - MASTOLOGIA
 Análisis: PACIENTE CURSANDO CON POSIBLE MASTITIS NO PUERPERAL EN SENO IZQUIERDO. CUENTA CON ECOGRAFIA EXTRAINSTITUCIONAL MUESTRA IMPORTANTES CAMBIOS INFLAMATORIOS DE LA PIEL Y EL TEJIDO CELULAR SUBCUTANEO, NODULO IRREGULAR A LA 11.3 DE LA MAMA DE 13X9X15MM QUE PUEDE CORRESPONDER A COLECCION. ECTASIA DUCTAL COMPLEJA EN CII DE LA MAMA IZQUIERDA. POR LO QUE SE CONSIDERA PACIENTE CON POSIBLE MASTITIS SIN IMAGEN CLARA DE COLECCION EN ECOGRAFIA, SE PLANTEA POSIBILIDAD DE REALIZAR MANEJO INTRAHOSPITALARIO POR RADIOLOGIA INTERVENCIONISTA PERO PACIENTE DESEA MANEJO AMBULATORIO POR LO QUE SE DAN ORDENES AMBULATORIAS DE ESTUDIO HISTOPATOLOGICO CON BIOPSIA TRUCUT COORD 11.3 Y ACAF ECOGUIADAS URGENTE, SE HACE CAMBIO DE MANEJO ANTIBIOTICO A TMP/SMX,CITA EN 10 DIAS POR MASTOLOGIA, SE DAN RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE ALARMA, SE EXPLICA A PACIENTE REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR.
 Plan de manejo: - SE CIERRA INTERCONSULTA
 - AB: TMP/SMX C 12H
 - BIOPSIA TRUCT ECOGUIADA AMBULATORIA
 - ACAF ECOGUIADA AMBULATORIA
 - CITA CONTROL MASTOLOGIA EN 10 DIAS AMBULATORIA
 Justificación para que el paciente continúe hospitalizado: SE CIERRA INTERCONSULTA

Lo cierto, es que se aprecia que la actora continuó presentado dolor y acudiendo a distintas centros médicos a efectos de obtener alivio a su malestar, el cual exigía una atención prioritaria, nótese como incluso en la atención recibida en la liga contra el cáncer se efectuó el siguiente registro (27/09/2021):

ANÁLISIS (Si Aplica)

SE CONSIDERA CUADRO DE MASTITIS CRONICA PROBABLEMENTE GRANULOMATOSA DEBE SER HOSPITALIZADA PARA MANEJO INTRAHOSPITALARIO CON ANTIBIOTICOTERAPIA Y POSIBLE REALIZACION DE BIOPSIA , SEGUN EVOLUCION POSIBILIDAD DE DRENAJE QUIRURGICO. EN EL MOMENTO NO ZONA DE RENITENCIA PARA DRENAJE QX . SE INDICA QUE DEBE ASISTIR POR URGENCIAS PARA MANEJO INTRAHOSPITALARIO.

(...)

PLAN DE MANEJO

DEBE ASISTIR EN FORMA PRIORITARIA POR URGENCIAS PARA MAENJO Y ESTUDIO

A pesar del anterior registro y que la demandante se presentó con posterioridad ante el Hospital Universitario San Ignacio y a la Clínica del Seno (29/09/2021), lo cierto es que, aunque se observa la emisión de diversas órdenes médicas por el hospital san Ignacio entre ellas la orden de cirugía, no se probó que se hubiese agendado una fecha para el procedimiento a pesar de no evidenciar mejoría con el tratamiento recibido, debiéndose destacar que en la consulta de la clínica del seno IPS adscrita a COMPENSAR EPS, por el contrario se señaló:

Plan: PACIENTE CON CUADRO DE MASTITIS EN MAMA IZQUIERDA CON SIGNOS DE RESPUESTA INFLAMATORIA DADO POR FIEBRE, TAQUICARDIA Y HEMOGRAMA CON LEUCOCITOCIS Y NEUTROFILIA QUE NO HA MEJORADO CON VARIOS ESQUEMAS ANTIBIOTICOS AMBULATORIOS YA QUE HA PERSISTIDO SIGNOS LOCALES DE INFLAMACION Y DOLOR INTENSO POR LO ANTERIOR S ECONSIDERA PACIENTE REQUIER MANEJO HOSPITALARIO PARA MANEJO DE ANTIBIOTICO ENDOVENOSO. SE EXPLICA A LA PACIENTE QUIEN ENTIENDE.

Objetivo del Tratamiento Médico Inicial: **(Curación / Paliación)**

RECOMENDACIONES: AUTOEXAMEN MENSUAL, USO ADECUADO DEL SOSTEN, CONSULTAR EN CASO DE SIGNOS DE ALARMA TALES COMO: PRESENCIAS DE MASAS O BULTOS, SECRECIONES POR PEZON, HUNDIMIENTOS, CAMBIOS EN LA COLORACION O TEXTURA DEL SENO.

Todo lo anterior, a juicio de esta sala convalida el actuar de la demandante al acudir en forma particular a un centro médico para que tratara sus dolencias y evitarle un mayor sufrimiento, especialmente, cuando se trataba de una urgencia

Ante tal panorama, es preciso recordar que la finalidad del SGSS en salud es la prevención de la enfermedad y la recuperación de la salud, en donde las fallas se empiezan a evidenciar desde que no pudo acceder a atención prioritaria por prestador adscrito a su EPS, o por lo menos ello no fue acreditado en este proceso.

Al respecto, conviene recordar que de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las EPS tienen como función básica asignada por la Ley “(...) garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)” y dentro de las funciones que le compelian a la misma de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 *Ibidem*, se encontraba “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*”, se tiene que al no haber suministrado la atención necesaria para atender la condición médica de la demandante tal situación conllevó a que la señora Nubia Esperanza Soler Beltrán, debiera acudir a servicios particulares, por lo que resulta procedente el reembolso de los gastos reclamados por el demandante, ante la grave negligencia desplegada, por lo que se confirmará la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

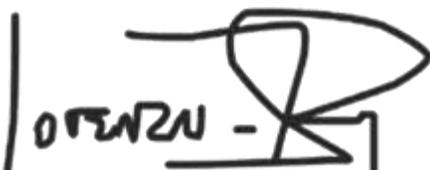
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de

Conciliación, de fecha 23 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

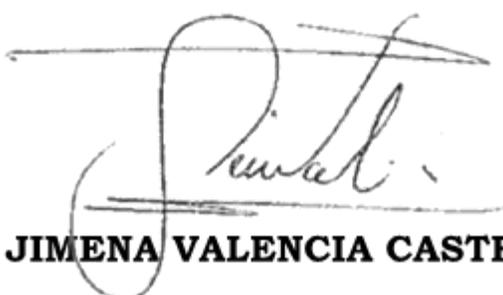
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
JOSE WILMER PEÑALOZA NIÑO CONTRA MEDIMAS EPS EN
LIQUIDACIÓN.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2023 00914 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Medimás EPS en Liquidación contra el fallo proferido el 16 de marzo de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, en el que se accedió al reembolso de gastos médicos por valor de \$3.746.510.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a Medimás EPS en Liquidación de las condenas impuestas.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que se ordenara a Medimás EPS en Liquidación, el reconocimiento y pago de la suma de \$3.956.510 por concepto de los gastos en que incurrió por concepto de la intervención quirúrgica de reducción abierta de fractura de peroné distal con fijación interna.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al asunto en que el día lunes 13 de septiembre de 2.021, ingresó al servicio de urgencias del Hospital San Juan de Dios de Pamplona (Norte de Santander) por dolor, hinchazón y edema que presentaba en el pie izquierdo; que mediante radiografía determinaron que presentaba una fractura en el hueso peroné y que debía ser intervenido quirúrgicamente por medicina especializada de ortopedia, sin embargo, ni en el Hospital ni en ningún centro que funciona en dicho Municipio existe convenio con tal especialidad, que el 14 de Septiembre de 2.021, se trasladó a la ciudad de Cúcuta, en donde después de recorrer por varios Centros Médicos, el único lugar donde le permitieron el ingreso por urgencias fue el E.S.E. Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta; que en tal hospital confirmaron el diagnóstico, no obstante, no daban una fecha exacta de realización de dicho procedimiento; que el 18 de Septiembre de 2.021, en vista que dicho procedimiento podría tardar más de 15 días para su realización, se vio forzado a

solicitar la salida de dicha Entidad y fue ingresado a HELP TRAUMA SALUD Y ORTOPEDIA IPS S.A.S. donde se le realizaron los respectivos exámenes, valoraciones médicas y finalmente el procedimiento quirúrgico ortopédico.

II. RESPUESTA DE MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN

La demandada sostuvo que se oponía a las pretensiones con fundamento en que la EPS generó y tramitó las autorizaciones de las solicitudes debidamente radicadas conforme a la normatividad vigente, no obstante, para el procedimiento en mención no fueron radicados los documentos y soportes estipulados por la legislación.

II. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, esto es, a lo relativo al valor de \$3.746.510, correspondiente a los gastos demostrados, lo anterior, en atención a que *“(...) se evidencia que el señor José Wilmer Peñaloza Niño, contaba con 41 años de edad para la fecha de los hechos, con afiliación vigente a la EPS MEDIMAS, sufrió una caída de su propia altura, que le ocasiono lesión ósea, por lo cual debió ingresar al servicio de urgencias el 13 de septiembre de 2021, al Hospital San Juan de Dios de la ciudad de Pamplona (Norte de Santander), donde luego de ser valorado, se le practica un examen de radiografía, el cual arrojó como resultado fractura de peroné; sin embargo, relata que no se le pudo continuar con el tratamiento de dicha fractura, debido a la*

falta de especialista en ortopedia. Entonces, es remitido el 14 de septiembre de 2021, a la ESE Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, que también hacía parte de la red de prestadores de MEDIMAS EPS, donde fue hospitalizado, tratado con analgésicos y se le ordena por el especialista en ortopedia realizarse el procedimiento de reducción de fractura de peroné izquierdo por la especialidad de ortopedia y traumatología; sin embargo, señala, que allí le informaron que debido a inconvenientes administrativos con los afiliados a MEDIMAS EPS, no era posible realizar la cirugía en dicha IPS; entonces, debió solicitar el alta voluntaria y acudir a otro prestador particular en el que finalmente le fue realizada la cirugía ordenada por el médico tratante, el 18 de septiembre de 2021.”

A renglón seguido se indicó que “Dicha afirmación se constata con certificación de la IPS Hospital Erasmo Meoz, Circular No. 001 del 14/09/21, en la cual se indica, que “(...) A partir de la fecha y por virtud del reiterado incumplimiento de los pagos por parte de MEDIMAS EPS a la ESE Hospital Erasmo Meoz, se SUSPENDE TEMPORALMENTE todos los servicios a los afiliados a dicha empresa (MEDIMAS EPS), salvo el servicio de urgencias. Una vez se normalice los pagos por parte de dicha EPS, se procederá a reabrir los servicios a sus afiliados (...)”, concluyendo así que se identificó falta de oportunidad por parte de MEDIMAS EPS, para la realización del procedimiento quirúrgico ordenado dentro de su red de prestadores, señalando además que la conducta de la EPS condujo a la fragmentación del tratamiento indispensable para la recuperación de la paciente, especialmente cuando el cuadro

clínico de fractura distal del peroné izquierdo, padecido por el demandante, constituía una atención de urgencias.

III. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Medimás EPS en Liquidación, impugnó la decisión señalando que no había lugar al reconocimiento de la solicitud presentada por el demandante por falta de requisitos formales para lograr el reembolso, señalando que el usuario tenía la obligación de suministrar de manera voluntaria, oportuna y suficiente la información requerida para que tuviera lugar la correspondiente gestión de la prestación de servicios, lo que no se presentó para el caso objeto de análisis por lo que no habría lugar a incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las atenciones médicas del demandante.

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por Famisanar EPS, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 (Modif. Art. 6 de la Ley 1949 de 2019) y el artículo 14 de la Resolución N° 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, el reconocimiento de reembolsos por gastos de servicios de salud procede en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. **En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, se tiene que para el reconocimiento de dichos reembolsos se requiere: i) que la solicitud se realice en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y ii) adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.

Al respecto, debe señalarse que si bien la Resolución No. 5261 de 1994, contempla un término para presentar la solicitud de reembolso, dicho plazo corresponde al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el no cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el

reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren.

Precisando lo anterior, se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud accedió al reembolso de la suma reclamada con fundamento en un actuar negligente respecto a la atención de la urgencia que presentó el actor por fractura de Peroné, aspecto que controvierte la EPS al señalar que para el procedimiento en mención no fueron radicados los documentos y soportes estipulados por la legislación.

Así, lo primero que habría que señalar es que los documentos allegados al expediente dan cuenta que en efecto el 13 de septiembre de 2021, el demandante sufrió una fractura de Peroné, que aunque el mismo fue atendido inicialmente en el Hospital San Juan de Dios de Pamplona, fue remitido a la ciudad Cúcuta para su atención, siendo un hecho notorio que el Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, emitió circular en la que se indicó que se suspenderían los servicios médicos a los pacientes de la EPS Medimás por falta de pago como se difundió en diversos medios nacionales, razones por las que el 18 de septiembre de 2021, le fue practicada la intervención quirúrgica requerida en forma particular por Help Trauma Salud y Ortopedia IPS.

De lo anterior, se advierte que, aunque el demandante recibió atención médica por parte de la EPS, en un primer momento, no se pudo obtener la intervención médica que requería el afiliado, nótese que no se allegaron soportes que dieran cuenta por lo menos de la autorización o agendamiento

del procedimiento que de urgencia requería el demandante, para evitarle un mayor sufrimiento dada la fractura que presentaba y el tiempo transcurrido hasta que pudo obtener solución a sus dolencias.

Ante este panorama, resulta evidente la negligencia en el manejo de la situación médica padecida por el actor, encontrándose completamente justificado el actuar desplegado por el demandante al acudir a una clínica particular, pues la finalidad del SGSS en salud es la prevención de la enfermedad y la recuperación de la salud, en donde las fallas se empiezan a evidenciar desde que no pudo acceder a atención prioritaria por prestador adscrito a su EPS, o por lo menos ello no fue acreditado en este proceso.

Al respecto, conviene recordar que de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las EPS tienen como función básica asignada por la Ley “(...) garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)” y dentro de las funciones que le compelian a la misma de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 Ibidem, se encontraba “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*”, se tiene que al no haber suministrado la atención necesaria para atender la condición médica de la demandante tal situación conllevó a que la señora María Isabel Peña, debiera acudir a servicios particulares, por lo que resulta procedente el reembolso de los

gastos reclamados por el demandante, ante la grave negligencia desplegada, por lo que se confirmará la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

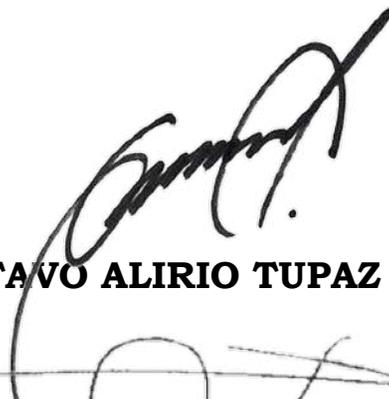
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 16 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

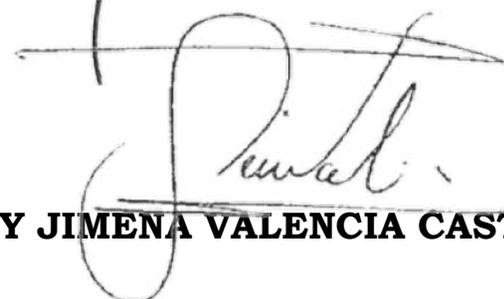
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
CLINICA MEDICAL CONTRA SANITAS EPS**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2023 01080 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Sanitas EPS en Liquidación contra el fallo proferido el 23 de marzo de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, en el que se accedió al pago de facturas por valor de \$1.057.240 y los intereses moratorios respectivos.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a Sanitas de las condenas impuestas.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La demandante pretendió que se ordenara a Sanitas EPS, el reconocimiento y pago de las facturas CM75737, CM83272 y CME1877 por valor de \$6.674.184 por concepto de prestación de servicios médicos a pacientes afiliados a Sanitas EPS, junto con el pago de los intereses moratorios respectivos.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al asunto en que la demandada ha realizado la devolución en forma reiterada de las facturas presentadas indicando que: i) la autorización principal no existe o no corresponde al prestador de servicios y ii) autorizar o indicar número de autorización para estancia hospitalaria, asimismo, señaló que en todos los casos cumplió a cabalidad con el proceso de solicitud de servicios en los términos del Decreto 4747 de 2007, aludiendo que conforme a lo expuesto en el artículo 14 del mencionado decreto los servicios médicos prestados objeto de las facturas debían entenderse autorizados.

II. RESPUESTA DE SANITAS EPS

Sanitas EPS, no dio contestación a la demanda.

II. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, esto es, a lo relativo al valor de \$1.057.240, correspondiente a la factura CM75737, lo anterior, en atención a que el prestador remitió la solicitud de autorización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias a la dirección de correo electrónico del demandado cumpliendo a cabalidad con lo establecido en la Resolución No. 3047 de 2008, precisando que si la respuesta era negativa la EPS estaba en la obligación de allegar el formato de negación de servicios conforme a lo dispuesto en la circular única 0047 de la Superintendencia de Salud y la Resolución 3047 de 2008 art. 5, lo que no se advertía en el caso por lo que la devolución de la factura resultaba infundada y ordenó su reconocimiento, de igual forma, se indicó que como tal factura fue radicada dentro de los 6 meses posteriores a la prestación del servicio en aplicación del artículo 24 del Decreto 4747 de 2007, en concordancia con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 y el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, ordenó el reconocimiento y pago de intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la DIAN.

III. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Sanitas EPS SAS, impugnó la decisión señalando que si bien la glosa resultó infundada en la medida que la demandante si radicó la solicitud de autorización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias y que lo hizo a la dirección de correo electrónico de la EPS cumpliendo a su

entender a cabalidad con lo establecido en la Resolución No. 3047 de 2008, no podía pasarse por alto lo establecido en el correo electrónico remitido el 11 de diciembre de 2018, que señaló:

"En vista de que su institución se encuentra inscrita para realizar sus solicitudes por la plataforma SIF, <https://sanitasback.portalsif.co> comedidamente le pedimos sea ingresado por dicho canal para realizar su respectivo trámite."

Actuación que no correspondía a ninguna irregularidad, sino que buscaba dar mayor seguridad y celeridad a los trámites que se adelantaban ante su representada, además que tenían la facultad de privilegiar un canal para adelantar la gestión de radicación de información con los prestadores, puntualizando que el correo informativo a través del cual se solicita dada la inscripción de la EPS en el sistema SIF la utilización de la plataforma de ninguna manera era una negativa a la radicación ni una obstaculización para ellos puesto que la utilización del canal determinado era para cruzar información con su representada, razones por las que solicita revocar el fallo.

IV. CONSIDERACIONES

En primer lugar, debe indicarse que la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto 324 de 2023, conoció de un conflicto de jurisdicciones en el que "(...) La Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E formuló demanda en contra de la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. E.P.S. Esto, con el fin de que le ordene a la Nueva EPS (i) "reconocer el valor de las 2 facturas por concepto de la prestación de los

servicios de salud, a favor de la [Subred Integrada Centro Oriente]”; y (ii) el pago de la suma de (...) \$550.314” por concepto de estas facturas (...)”, estableciendo la siguiente regla de decisión *“el conocimiento de las demandas en las que se reclama el reconocimiento y pago de una obligación contenida en unas facturas expedidas por una E.S.E corresponde a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral. Lo anterior, de conformidad con la cláusula general de competencia de la jurisdicción ordinaria (artículo 12 de la Ley 270 de 1996), así como el artículo 2.5 y 2.4 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”*, resultando claro que en juicios como el expuesto la jurisdicción ordinaria laboral es competente para conocer de los mismos.

Precisado lo anterior, se procede a resolver lo expuesto en el recurso de apelación, sobre el particular debe anotarse que la demandada no desconoce que la IPS demandante radicó la solicitud de autorización de servicios al correo electrónico de la EPS, los reparos giraron en torno a que no se radicaron en la plataforma dispuesta para ello.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el artículo 10 de la Resolución No. 03047 del 14 de agosto de 2008, expedida por el Ministerio de la Protección Social, vigente para el momento de los hechos, se contempló lo siguiente:

“Artículo 10. Medios de envío y recepción de información: *La información contenida en los anexos 1, 2, 3 y 4 definidos en la presente resolución, enviada y recibida entre entidades responsables del pago y prestadores de servicios de salud, se considera mensaje de datos y se somete a lo establecido en la Ley 527 de 1999 o en las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.*

El envío y recepción de la información contenida en dichos anexos, entre entidades responsables del pago y prestadores de servicios de salud, se podrá realizar a través de uno o más de los siguientes medios:

Medio	Características
Intercambio Electrónico de Datos (EDI)	Las entidades responsables del pago y los prestadores de servicios de salud podrán desarrollar, disponer e implementar servicios de intercambio electrónico de datos. El Ministerio de la Protección Social en su página WEB dispondrá de los formatos .XML que deben ser utilizados para su desarrollo.
Correo electrónico	Se deben adjuntar al correo electrónico las imágenes en formato tipo .PDF, .TIF o .GIF Las entidades responsables del pago y los prestadores de servicios de salud deberán garantizar la disponibilidad de uno o varios buzones de correo electrónico con la capacidad suficiente veinticuatro (24) horas al día, siete (7) días de la semana. Los nombres de los buzones deberán ser publicados y exclusivos para este tipo de información.
Telefax	Las entidades responsables del pago y los prestadores de servicios de salud deberán garantizar la disponibilidad de un telefax veinticuatro (24) horas al día, siete (7) días de la semana para la recepción y envío de los formatos.

Para el envío de información a los usuarios, las entidades responsables del pago podrán utilizar medios como: envío a la dirección de correspondencia definida por el usuario por telefax o correo electrónico como imagen adjunta, si el usuario dispone de dichos medios.

Parágrafo. *El debido soporte de los intentos de envío de mensajes de datos de que trata la presente resolución se realizará con sujeción a lo establecido en la Ley 527 de 1999 o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*

Como se advierte de la norma citada, se desprende que el envío de información entre entidades responsables del pago y prestadores de servicios de salud puede hacerse a través de: i) EDI (intercambio electrónico de datos), que corresponde a un sistema de comunicación que permite intercambiar cualquier tipo de documentos electrónico, como lo podría ser la plataforma SIF; ii) correo electrónico y iii) telefax, debiéndose en este punto destacar que la norma permite que el envío de información se realice a través de cualquiera de tales medios o incluso a través de varios de ellos, ello a elección del remitente pues no existe previsión que determine que alguno sea preferente.

Por lo anterior, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 23 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$100.000.

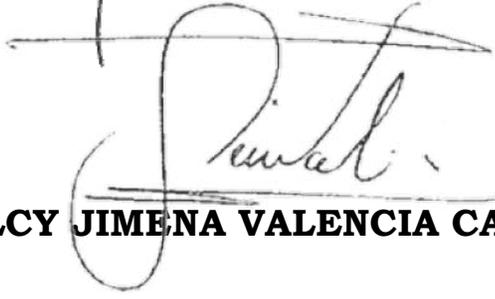
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$100.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
LEONARDO HOYOS ABELLA CONTRA MEDIMAS EPS EN
LIQUIDACIÓN.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 000 2023 01277 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Medimás EPS en Liquidación contra el fallo proferido el 23 de febrero de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, en el que se accedió al reembolso de gastos médicos por valor de \$4.169.440.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a Medimás EPS en Liquidación de las condenas impuestas.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que se ordenara a Medimás EPS en Liquidación, el reconocimiento y pago de la suma de \$4.169.440 por concepto de los gastos en que incurrió por concepto de la intervención quirúrgica de victretomía posterior con inserción de lente en ojo derecho.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al asunto en que fue programado para el día 18 de noviembre de 2019, la intervención de Victretomía posterior con inserción de lente en ojo derecho en centro IMBANACO a través de la EPS Medimas, pero que dicho procedimiento fue cancelado por no contar con convenio con la IPS a pesar de tener las autorizaciones por parte de la EPS, señalando además que el 11 de diciembre de 2019, presentó la solicitud de reembolso por no haberse podido efectuar el procedimiento quirúrgico mencionado con la referida EPS

II. RESPUESTA DE MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN

La demandada sostuvo que se oponía a las pretensiones con fundamento en que el demandante se encontraba retirado de la EPS a la fecha de la presentación de la demanda, también señaló que garantizó los servicios de salud y el direccionamiento al prestador durante el periodo en que el

demandante estuvo afiliado a Medimás EPS, asimismo indicó que no era pertinente que los usuarios transcurridos 2 años después del retiro se acercaran al reconocimiento económico de servicios que databan del año 2019, igualmente, señaló que ante la existencia de afiliación múltiple se presentaba imposibilidad administrativa por parte de la entidad de tramitar solicitud al usuario.

II. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, esto es, a lo relativo al valor de \$4.169.440, correspondiente a los gastos demostrados, lo anterior, en atención a que *“Se advierte que pese a la existencia de las autorizaciones, en ninguna medida fue probada por Medimás EPS la efectiva garantía de los servicios ahí descritos, argumentando que autorizaron para el paciente (...); sin embargo, no se advierte programación o efectividad de las autorizaciones, al punto que el demandante debió acudir al Instituto para Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca para recibir, de manera particular, el procedimiento y servicios requeridos para gestionar su patología ocular; el 25 de noviembre del 2019, para consulta con oftamología y el día 27 del mismo mes y año para ser intervenido quirúrgicamente, procedimiento que había sido ordenado desde el mes de abril como se expuso en líneas anteriores.”*

Más adelante, en la misma decisión se indicó que *“Así las cosas, se observa que MEDIMAS EPS, vulneró normas que rigen*

el Sistema General de Seguridad Social en Salud como lo son el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, en el cual se ordena a las EPS tener una red prestadora de servicios de salud y garantizar la prestación efectiva de los servicios de salud, MEDIMAS EPS, debió considerar que por la edad del demandante tenía que garantizarle una atención preferente.”

A renglón seguido, se señaló *“Es claro, entonces, que MEDIMAS EPS, incumplió su deber de aseguramiento en salud en cuanto al deber garantizar el procedimiento quirúrgico ocular y el examen de biometría requeridos por el señor Hoyos Abella, de manera oportuna, eficiente, integral y continua, por el contrario, lo que salta a la vista no se garantizaron los servicios requeridos, desconociendo los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud.”*, concluyéndose así que se identificó la falta de oportunidad, calidad e integralidad por parte de MEDIMAS EPS al usuario, toda vez que debió garantizar las autorizaciones emitidas para el procedimiento quirúrgico ordenado dentro por su red de prestadores y dar continuidad del tratamiento que se encontraba incluidos en el Plan de Beneficios en Salud.

III. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Medimás EPS en Liquidación, impugnó la decisión señalando que no había lugar al reconocimiento de la solicitud presentada por el demandante ya que no se presentó incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las atenciones médicas del

demandante, solicitando en razón a lo anterior la terminación del proceso, especialmente cuando tampoco se cumplía con los requisitos formales para lograr el reembolso, siendo que era una obligación y deber del usuario solicitar el reembolso dentro del término fijado en la ley y conforme a los parámetros exigidos para la solicitud.

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por Famisanar EPS, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 (Modif. Art. 6 de la Ley 1949 de 2019) y el artículo 14 de la Resolución N° 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, el reconocimiento de reembolsos por gastos de servicios de salud procede en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. **En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad**

Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, se tiene que para el reconocimiento de dichos reembolsos se requiere: i) que la solicitud se realice en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y ii) adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.

Al respecto, debe señalarse que si bien la Resolución No. 5261 de 1994, contempla un término para presentar la solicitud de reembolso, dicho plazo corresponde al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el no cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren.

Precisando lo anterior, se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud accedió al reembolso de la suma reclamada con fundamento en un actuar negligente respecto a la prestación del servicio que requieran sus afiliados debido a que la prestación debe ser de carácter oportuno, de calidad e integridad, aspecto que controvierte la EPS al señalar que para el procedimiento en mención fueron generados las autorizaciones solicitadas por el usuario en vigencia de su afiliación con la EPS, no obstante, el afiliado no puso en

conocimiento de la EPS, las dificultades presentadas conllevando al desconocimiento de tal situación una imposibilidad de efectuar las gestiones tendientes a garantizar los servicios médicos requeridos.

Así, lo primero que habría que señalar es que los documentos allegados al expediente dan cuenta que en efecto al actor le fueron autorizados, el 15 de octubre de 2019, los servicios con relación a vitrectomía posterior asistida e inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares, en Centro Médico IBANACO, como se detalla a continuación:

- Servicio: VITRECTOMÍA POSTERIOR ASISTIDA - No. Autorización 428192471
- Servicio: INSERCIÓN DE LENTE INTRAOCULAR EN CÁMARA POSTERIOR SOBRE RESTOS CAPSULARES - No. Autorización 428192472
- Servicio: Honorario de Cirujano para IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR SECUNDARIO SOD - No. Autorización 428192473
- Servicio: Honorario de Anestesiólogo para IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR SECUNDARIO SOD- No. Autorización 428192474
- Servicio: Honorario de Ayudante para IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR SECUNDARIO SOD - No. Autorización 428192475
- Servicio: Derechos de Sala para IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR SECUNDARIO SOD Página 3 de 9 - No. Autorización 428192476
- Material de Sutura para IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR SECUNDARIO SOD - No. Autorización 428192477
- Servicio: BIOMETRÍA OCULAR - No. Autorización 428192478

Al respecto debe tenerse en cuenta que aunque los servicios señalados fueron autorizados inicialmente en el Centro Médico IBANACO, se señaló que tales servicios médicos fueron a los pacientes de la EPS Medimás por falta de pago, siendo este un hecho de público conocimiento, aspecto que tampoco fue controvertido por la EPS accionada, pues lo que debate es que no le fueran puestas en su conocimiento las dificultades presentadas para acceder a la atención requerida, situación que en todo caso era su deber conforme lo dispone la ley, lo que conlleva a que el día 27 de noviembre de 2019, le fuese practicada la intervención quirúrgica requerida de manera particular en Instituto para niños ciegos y sordos del Valle del Cauca.

De lo anterior, se advierte que, aunque el demandante recibió atención médica por parte de la EPS, en un primer momento, no se pudo obtener la intervención médica que requería el afiliado, nótese que no se allegaron soportes que dieran cuenta sobre un esquema sugerido por parte de la EPS para la efectiva continuidad en la prestación de servicios y/o comunicación que informará sobre la remisión del paciente a otro centro médico al que se encontrará adscrito para el cumplimiento del tratamiento que requería el demandante, dado el diagnóstico padecido “H160” ULCERA DE LA CORNEA.

Ante este panorama, resulta evidente la negligencia en el manejo de la situación médica padecida por el actor, encontrándose completamente justificado el actuar desplegado por el demandante al acudir a una clínica particular, pues la finalidad del SGSS en salud es la prevención de la enfermedad

y la recuperación de la salud, en donde las fallas se empiezan a evidenciar desde que no pudo acceder a atención por prestador adscrito a su EPS, o por lo menos ello no fue acreditado en este proceso.

Al respecto, conviene recordar que de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las EPS tienen como función básica asignada por la Ley “(...) garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)” y dentro de las funciones que le compelian a la misma de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 Ibidem, se encontraba “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*”, se tiene que al no haber suministrado la atención necesaria para atender la condición médica del demandante tal situación conllevó a que el señor Leonardo Hoyos Abella, debiera acudir a servicios particulares, por lo que resulta procedente el reembolso de los gastos reclamados por el demandante, ante la grave negligencia desplegada, por lo que se confirmará la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 23 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

AUTO

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


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
MARÍA EUSEBIA PINEDA LÓPEZ CONTRA EPS SANITAS
S.A.S.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 000 2023 01294 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por EPS Sanitas S.A.S contra el fallo proferido el 24 de agosto de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, en el que se accedió al reembolso de gastos médicos por valor de \$13.200.000.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a EPS Sanitas S.A.S de las condenas impuestas.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La demandante pretendió que se ordenara a EPS Sanitas S.A.S, el reconocimiento y pago de la suma de \$13.200.000 por concepto de los gastos en que incurrió por la suma de Cirugía victretomía + PFC + inserción silicón o gas + extracción de cataratas (\$12.000.000), y realización de Ablación laser de retina ojo izquierdo (\$1.200.000), que se le practicó a su madre señora María Eusebia Pineda López.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al asunto en que el día 21 de febrero de 2022, ingresó al servicio de urgencias de la red EPS Sanitas S.A.S. por presunta pérdida de visión total en ojo izquierdo; que al no recibir atención prioritaria por parte de la entidad, acudió de manera particular a una consulta médica donde la Dra. Silvia Ulloque de la Hoz, la cual durante la revisión informó que la paciente señora María Eusebia presentaba desprendimiento de retina superior, desgarro en ojo izquierdo, y se requería intervención quirúrgica inmediata; que el 22 de febrero de 2022, acudieron al Centro de Salud Santa Bárbara, en donde se confirma el diagnóstico y envía valoración oftalmológica prioritaria con necesidad de tratamiento; el día 23 de febrero de 2022, le asignaron cita en la IPS Opti Salud, en donde se confirmó el diagnóstico y se asignó cita por primera vez de oftalmología para el 8 de abril de 2022, no obstante, en

ventanilla se cita con mucha posterioridad 45 días después, por lo que ante tanto tiempo de espera y las recomendaciones de los médicos tratantes, se vio forzada a solicitar préstamo y realizar consulta en CARDENAS VISIÓN S.A.S. donde se le realizaron los respectivos exámenes, valoraciones médicas y finalmente el procedimiento quirúrgico oftalmológico el día 26 de febrero de 2022.

II. RESPUESTA DE EPS SANITAS SAS

La demandada sostuvo que se oponía a las pretensiones con fundamento en que la EPS había realizado las gestiones necesarias para dar adecuado cumplimiento a las ordenes médicas en favor de la señora MARÍA EUSEBIA PINEDA LÓPEZ, razón por la cual se realizó una búsqueda desde el 1° de agosto de 2021, sin encontrar ninguna relacionada con los servicios de optometría, oftalmología, cita con especialista en retinología, por lo que no habían tenido la oportunidad de valorar a la paciente para su patología relacionada con la pérdida de visión del O.I. Propuso las excepciones de mérito que denominó: improcedencia del requerimiento jurisdiccional por carencia de objeto- hecho superado, buena fe y excepción genérica.

II. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensión planteada y ordena al reconocimiento económico a favor de la demandante por un valor de \$13.200.000, correspondiente a

los gastos demostrados, lo anterior, en atención a que “(...) queda demostrado que SANITAS EPS, no le garantizó a la señora Maria Eusebia Pineda Lopez, una atención oportuna, continua, integral, ni de calidad, pese a que ésta, acudió en varias oportunidades a los servicios de urgencias de su red de prestadores para que le fuera tratado el deterioro progresivo de su agudeza visual; sin embargo, su enfermedad siguió progresando por el ineficiente control de la EPS y por ello y con el fin de no seguir perdiendo su agudeza visual debió acudir a otro prestador como paciente particular donde sí le brindaron una atención oportuna continua e integral y gracias a ello recuperó su visión.

A renglón seguido se indicó que “Por lo tanto, se evidencia inoportunidad en la atención de una urgencia; así como también, la negligencia de SANITAS EPS, para garantizar la inmediatez en la atención de una urgencia oftalmológica por causa de desprendimiento de retina debido a trauma en el ojo izquierdo, en el entendido que la oportunidad se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios”, concluyendo así que se identificó falta de oportunidad por parte de SANITAS EPS para la adecuada atención en urgencias, y en consecuencia, la realización del procedimiento quirúrgico, señalando que la conducta retardada de la EPS no garantizó la prestación del servicio ni el pertinente desarrollo al procedimiento de autorización, programación y práctica en el tratamiento requerido para la patología visual, requerido por la demandante.

III. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EPS Sanitas S.A.S, impugnó la decisión señalando que no había lugar al reconocimiento de la solicitud presentada por el demandante ya que se había acreditado el estricto cumplimiento de sus obligaciones como asegurador, de manera adecuada y oportuna, al respecto señaló que no se tuvieron en cuenta las autorizaciones que se emitieron para la atención de la señora Maria Eusebia Pineda, que la misma optó por realizarse el tratamiento por cuenta propia de manera particular, que la solicitud de reembolso no reunía las condiciones mínimas para ello y que la consulta con especialista de oftalmología y retinología no constituía una atención derivada del servicio de urgencias.

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por EPS Sanitas S.A.S, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 (Modif. Art. 6 de la Ley 1949 de 2019) y el artículo 14 de la Resolución N° 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, el reconocimiento de reembolsos por gastos de servicios de salud procede en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de

Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.

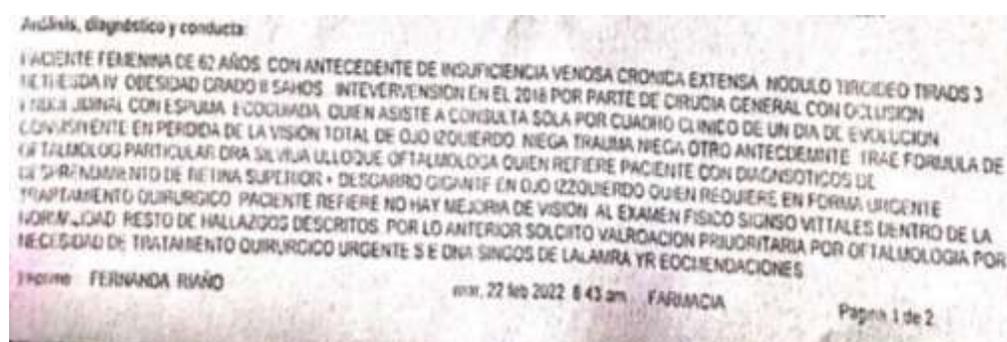
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, se tiene que para el reconocimiento de dichos reembolsos se requiere: i) que la solicitud se realice en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y ii) adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.

Al respecto, debe señalarse que si bien la Resolución No. 5261 de 1994, contempla un término para presentar la solicitud de reembolso, dicho plazo corresponde al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el no cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren.

Precisando lo anterior, se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud accedió al reembolso de la suma reclamada con fundamento en un actuar negligente respecto a la atención de la urgencia que presentó la actora por el desprendimiento de retina superior y desgarro en ojo izquierdo, aspecto que controvierte la EPS al señalar que para el procedimiento en mención no fueron radicados los documentos y soportes estipulados por la legislación.

Así, lo primero que habría que señalar es que los documentos allegados al expediente dan cuenta que en efecto el día 22 de febrero de 2022, la señora Maria Eusebia Pineda, acudió al Centro de Salud Santa Bárbara dónde se determinó que la señora Pineda presentaba desprendimiento de retina superior y desgarro gigante en ojo izquierdo, solicitando valoración oftalmológica prioritaria y necesidad de tratamiento quirúrgico:



Con fundamento en tal atención, el centro de salud Santa Bárbara expidió solicitud de servicios con carácter prioritario por necesidad de tratamiento quirúrgico urgente, en donde el servicio ordenado fue el de *“CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA”*.

Igualmente, obra remisión, solicitud y autorización de servicios No. 850473, expedida por Opti Salud, en donde el diagnóstico registrado corresponde a H335 otros desprendimientos de la retina sospecha y se señala como servicio requerido “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGÍA en NO APLICA” y se señala en prioridad VER DISPONIBILIDAD.

También, fue allegada la historia de oftalmología expedida por Cárdenas Visión SAS, en la que se reporta fecha de atención del 23 de febrero de 2022 y de la que resultan relevantes los siguientes apartes:

VASOS: NORMALES.
 RETINA: APLICADA EN 360°, DESPRENDIMIENTO DE RETINA BULOSO AMPLIO ENTRE 11 Y 14 - 15 HORAS, BULOSO QUE COMPROMETE MACULA Y NO PERMITE VER DISCO OPTICO, DESGARRO EN HERRADURA SUPERIOR GIGANTE A LAS 13 HORARIO CON VASO CABALGANTE, VELOS VITREOS INFERIORES TEMPORALES.
 Observación
 NOTA: HOY SE LE APLICARON GOTAS PARA DILATAR LA PUPILA, SU VISIÓN SERA BORROSA POR ESPACIO DE 8 HORAS, DEBE PERMANECER ACOMPAÑADO Y TENER PRECAUCIÓN PARA EVITAR ACCIDENTES. NO PUEDE CONDUCIR VEHÍCULOS. SI PRESENTE DOLOR INTENSO TIPO PUNZADA DEBE ACUDIR AL SERVICIO DE URGENCIAS PARA QUE SEA VALORADO.

Diagnóstico CIE-10

Código	Diagnóstico	Lateralidad	Tipo	Servicio
H330	DESPRENDIMIENTO DE LA RETINA CON RUPTURA			

Diagnóstico complementario
 1. DESPRENDIMIENTO DE RETINA CON COMPROMISO MACULAR OJO IZQUIERDO
 Tratamiento médico
 NOTA: DORMIR ACOSTADA DE LADO DERECHO
 Tratamiento quirúrgico
 SE REALIZA BIOMETRÍA DE OJO CONTRALATERAL OJO DERECHO
 LENTE :21.0 LOGRO 0.16/ 20.5 LOGRO 0.53
 SE SÓLICITA CUADRO HEMÁTICO, PARCIAL DE ORINA, GLICEMIA, BUN, CREATININA, PTT, PT, EKG Y RX DE TORAX
 SS VALORACION PRE-ANESTESICA CON RESULTADOS DE LABORATORIO
 Se Solicita VICTRECTOMIA VIA POSTERIOR ASISTIDA + PFC+INSERCIÓN SILICON O GAS + ENDOLASER OJO IZQUIERDO BAJO ANESTESIA LOCAL CONTROLADA
 LC

Posteriormente, obra registro del 25 de septiembre de 2022, en el que se indica que la paciente asistió a valoración por anestesia y en fecha subsiguiente el 26 de febrero de 2022, se le realizó la intervención quirúrgica requerida.

De lo anterior, se advierte que, aunque la actora recibió atención médica por parte de la EPS, en un primer momento

en donde se ordenó consulta de primera vez con oftalmología, es claro que no se pudo obtener la referida atención dado que no se allegaron soportes que dieran cuenta por lo menos de la disponibilidad de citas o la asignación de la misma a la actora considerando la gravedad de la situación pues era inminente la pérdida de la visión de uno de sus ojos.

Ante este panorama, resulta evidente la negligencia en el manejo de la situación médica padecida por la señora Maria Eusebia Pineda López, encontrándose completamente justificado el actuar desplegado al acudir a una clínica particular, pues la finalidad del SGSS en salud es la prevención de la enfermedad y la recuperación de la salud, en donde las fallas se empiezan a evidenciar desde que no pudo acceder a atención prioritaria por prestador adscrito a su EPS, o por lo menos ello no fue acreditado en este proceso.

Al respecto, conviene recordar que de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las EPS tienen como función básica asignada por la Ley “(...) garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)” y dentro de las funciones que le compelian a la misma de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 *Ibidem*, se encontraba “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*”, se tiene que al no haber suministrado la atención necesaria para atender la condición médica de la señora Maria Eusebia Pineda, tal situación conllevó a que se debiera acudir a servicios

particulares, por lo que resulta procedente el reembolso de los gastos reclamados ante la grave negligencia desplegada, por lo que se confirmará la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 24 de agosto de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

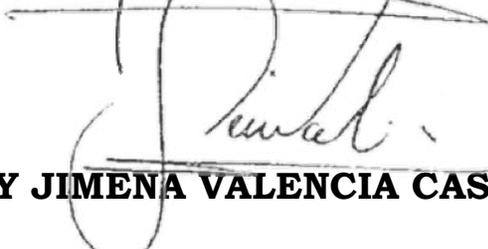
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA ELENA GARCIA CARDONA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

RADICADO: 11001 3105 001 2020 00462 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora María Camila Ríos Oliveros, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del

Consejo Superior de la Judicatura como apoderada principal de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido, así mismo, se reconoce a la doctora Amanda Lucia Zamudio Vela, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.713.048 y tarjeta profesional No. 67.612 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la referida demandada.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de agosto de 2023, en la cual se declaró la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A. y se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión para que en su lugar se absuelva de las condenas efectuadas.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia del traslado de régimen que realizó al RAIS con Porvenir S.A. así como que tenía derecho a la

pensión de vejez, en consecuencia, se ordenara a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los ahorros, cotizaciones, bonos pensionales, sumos adicionales a la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Ar1.1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren generado, a Colpensiones a recibir la totalidad de los ahorrado por la actora y a reconocerle la pensión de jubilación o de vejez, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de septiembre de 1963; que realizó aportes a Cajanal, por el periodo comprendido entre 1° de septiembre de 1988 hasta el 30 de septiembre de 1989; que el 23 de julio de 1996, fue vinculada al fondo de pensiones Porvenir S.A.; que sumando el tiempo cotizado entre el régimen especial administrado por Cajanal y el tiempo cotizado en el RAIS administrado por Porvenir S.A., cuenta con un total de 1276 semanas cotizadas y que los asesores del fondo privado no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban otros. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que no se allegó prueba que permitiera establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP Porvenir S.A., que hubiese generado un vicio en el consentimiento, al momento de

asesorar al demandante para su traslado de régimen pensional, así como tampoco la configuración de ineficacia y/o nulidad que afecten su decisión libre y voluntaria, igualmente, se señaló que no se encontraba válidamente afiliada al RAIS , por lo que Porvenir S.A. no debía retornar los dineros de la demandante al RPM administrado por Colpensiones, adicionalmente destacó que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado, establecida en la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condenas en costas y agencias en derecho, innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban otros. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que la actora al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, enfatizando en que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP la obligación de asesoría e información ya que ello sólo ocurrió hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

La **UGPP**, contestó la demanda indicando que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, señaló que no le contaban otros y que no eran hechos los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que como la demanda no se dirigía en su contra no le era factible oponerse o allanarse, sin embargo, señaló adujo que la actora como cotizante hizo un traslado de fondo pensional libre, consciente y voluntario a Porvenir S.A, lo cual en todo caso era un hecho ajeno al conocimiento de su representada. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de agosto de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora CLAUDIA ELENA GARCIA CARDONA, identificada con la C.C. No 51.777.625, a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante señora CLAUDIA ELENA GARCIA CARDONA, identificada con la C.C. No 51.777.625 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora CLAUDIA ELENA GARCIA CARDONA, identificada con la C.C. No 51.777.625 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los

porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada a la administradora de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: Respecto a la pensión de vejez de la demandante, deberá acreditar su desafiliación del sistema, para ir a la entidad de seguridad social, en este caso COLPENSIONES, a fin de que proceda a su reconocimiento pensional, conforme a la parte motiva en la presente decisión.

SEXTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UGPP, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión y se releva el Despacho del estudio de las excepciones propuestas por las otras demandadas, por sustracción de materia

SEPTIMO: ABSOLVER a la UGPP de todas las pretensiones, en tanto no funge como administrador de fondos de pensiones de la demandante señora CLAUDIA ELENA GARCIA CARDONA.

OCTAVO: Sin costas para las partes en la presente instancia.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que de conformidad con pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado número 68852 de 2019, en caso similar manifestó que la AFP tenía las responsabilidades de brindarle información clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el régimen en el que se encontraba vinculada, entre ellas la pérdida del régimen de transición, sin que el expediente se encuentre medios de convicción que se acredite el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador pero no que este fuese informado a la luz del artículo 97 del Decreto 663 de

1993, en armonía de los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la pensión de vejez reclamada, señaló que una vez declarada la ineficacia de la afiliación, Colpensiones procederá a otorgarle a la demandante la pensión de vejez, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos por la ley y se verifique la desafiliación al sistema general, por cuanto no era posible confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute, precisando que la causación ocurre en el momento en que la afiliada cumplió los requisitos mínimos exigidos de edad y de cotizaciones, y por el contrario, el disfrute de la pensión dependerá del momento en que el afiliado haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

La apoderada de Colpensiones indicó que no estaba de acuerdo con la decisión adoptada porque se afectaba el patrimonio de la entidad y se vulneraban los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera, pues a pesar de existir un criterio jurisprudencial de la C.S.J., debía analizarse cada caso en concreto, además

que la actora no hizo uso de mecanismos legales como la rescisión o el retracto.

El apoderado de Porvenir S.A, manifestó su inconformidad con la decisión principalmente porque si bien la actora en el interrogatorio de parte rendido adujo que había estado vinculada a Cajanal, tanto la UGPP como Colpensiones no allegaron ningún documento que permitiera inferirlo, razones por las que no era posible acudir a la declaratoria de la ineficacia de afiliación al RAIS, como quiera que los efectos de esa institución jurídica era restablecer las condiciones del negocio jurídico a su estado inicial, aludiendo además que la razonabilidad de la decisión en donde se niega el traslado al régimen pensional, cuando se evidencia que lo que realmente existió fue una primera afiliación al régimen de ahorro individual, tal y como se expuso en sentencias como la SL1806-2022. Asimismo, solicitó que en el evento de confirmarse la ineficacia de la afiliación se revocara lo relacionado con la devolución de los gastos de administración y pimas de seguros previsionales ya que estos eran descontados por mandato legal, así como tampoco sería procedente la devolución de rendimientos ya que aquellos no se habrían causado en el RPM.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para

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

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos

conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

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

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

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

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

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aclarado lo anterior, se procedió a analizar el soporte probatorio existente en este asunto, advirtiendo que la actora

suscribió formulario de vinculación inicial con Porvenir S.A., el 23 de julio de 1996, lo que se confirma con el certificado expedido por Asofondos obrante en el expediente, adicionalmente, se tiene que Colpensiones junto a su contestación aportó reporte de semanas cotizadas que figura “*sin registró histórico*” y en igual sentido se aportó certificado expedido por la UGPP, encontrándose así que no se está en presencia de un traslado de régimen RPM al RAIS sino de un acto de afiliación inicial en el RAIS.

En ese orden y a pesar que las AFP están obligadas a cumplir con el deber de información en los términos contemplados en el precedente jurisprudencial, esto es que la información fuera clara, cierta, comprensible, oportuna y completa, lo cierto es que no resulta posible acudir a la figura de la ineficacia del traslado, ya que nos encontramos con un escenario diferente, porque la actora nunca hizo parte del sistema pensional antes de haberse vinculado al RAIS, situación que encuentra precedente en sentencias como la SL4211-2021y SL1806-2022, expedidas por la Sala de Descongestión Laboral².

²Extracto sentencia SL1806-2022: “La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”

En relación con la situación aquí planteada, es pertinente traer a colación la sentencia STL3634-2021 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que señaló lo siguiente:

“(...)

Pues bien, analizada la sentencia reprochada advierte la Sala que el sentenciador de segundo grado, indicó que la vinculación del accionante a Colfondos S.A. no obedeció a un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, en realidad, lo que ocurrió fue un acto de afiliación inicial al referido ente de seguridad social. De ahí, precisó que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha edificado la teoría de la información documentada exclusivamente en los asuntos donde se pretenda la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS. En tal sentido, el ad quem adujo que como quiera que la parte actora realizó su afiliación inicial a la citada AFP el 6 de noviembre de 1999, no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues tampoco acreditó algún perjuicio en su derecho o expectativa pensional. De lo antedicho no se extraen definiciones que contraríen el precedente judicial, toda vez que, en aquellas oportunidades, el problema jurídico se desató respecto al traslado de régimen pensional de personas que tenían la calidad de afiliados al RPMPD y se trasladaron al RAIS, circunstancia que no se evidencia en este asunto pues, se reitera la afiliación inicial al sistema del actor tuvo lugar el 6 de noviembre de 1999. En tal virtud, se advierte que la decisión proferida el 11 de diciembre de 2020 por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería es razonable, en la medida que no es posible endilgarle un desconocimiento del precedente. De modo que en este asunto no se estructura ninguna de las causales que excepcionalmente autorizan la intervención del juez de tutela en la órbita del juez natural, pues este último ejerció adecuadamente su labor de administrar justicia, sin incurrir en errores protuberantes que ameriten la adopción de las medidas urgentes que se solicitaron. Las anteriores consideraciones resultan suficientes para negar el resguardo deprecado.”

Bajo las anteriores premisas se procederá a revocar la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a los demandados de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contrata por la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de agosto de 2023, para en su lugar absolver a los demandados de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

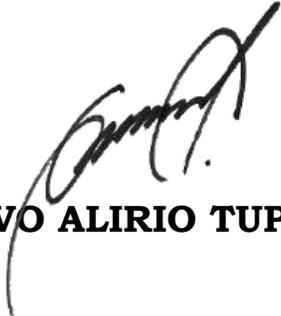
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

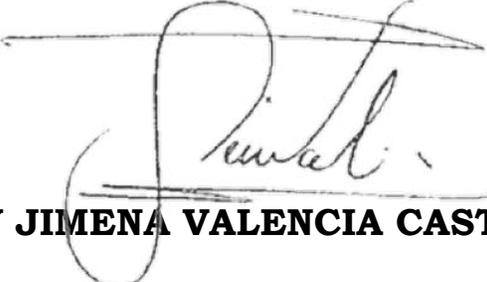
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MARIA HEIDI AMAYA VALDIVIESO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 007 2019 00754 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de agosto de 2023.

En esta instancia los apoderados de la parte demandante y de Colfondos presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a dicha AFP., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los aportes y rendimientos, sin descontar gastos de administración; así como también ordenar a esta última entidad reconozca y pague la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 1 de octubre de 1955, que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 25 de julio de 1979; que el 18 de junio de 1998 se trasladó a Colfondos S.A., sin que le hubiera suministrado dicho fondo privado la información necesaria para tomar una decisión respecto al traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

Colfondos S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se allano.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de agosto de 2023, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora demandante MARÍA HEIDI AMAYA VALDIVIESO, con la AFP Colfondos, el 18 de junio de 1998.

SEGUNDO: Se ORDENA a COLFONDOS a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARÍA HEIDI AMAYA VALDIVIESO, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la señora demandante desde la fecha del traslado en el año 1998 cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a COLFONDOS el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, debe presentar al juzgado un informe discriminado debidamente todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, valor de los descuentos de los aportes que se devuelven, valor de la indexación que se devuelve a Colpensiones y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la señora demandante como su afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial a ese régimen en 1978.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES en su contestación.

SEXTO: Las costas procesales son a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en 2 SMMLV, a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS.

SEPTIMO: Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia

mediante sentencia SL 2279 del 2021, reiteró el criterio definido con anterioridad y estableció que las AFP al momento mismo de su creación han tenido la obligación de brindar información calificada a sus afiliados y al efecto realizó una evolución de las etapas que ha tenido dicho régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación, al considerar que de conformidad con los múltiples pronunciamientos que ha realizado, no se puede dejar de lado para particularidad de cada caso, en virtud de que se está en presencia de una persona capaz consciente y con calidades académicas y profesionales particularmente altas, que permiten establecer que la decisión que tomó durante la afiliación al RAIS estuvo precedida la información necesaria para concluir que el traslado realizado era la opción más viable para sus intereses futuros sin que pueda alegarse factores de desinformación esto de conformidad con sentencia SL 1452 de 2019; por otro lado, refirió que la demandante no se encuentra amparada por el régimen de transición, toda vez que al trasladarse perdió el mismo y por tanto no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, ya que debió hacerlo cuando le faltaren meses de 10 años para cumplir con el requisito de la edad.

Indicó que la afiliación se realizó con plena voluntad de la parte actora, teniendo en cuenta que por decisión propia solicitó el traslado, suscribiendo formulario afiliación, voluntad que se vio ratificada con los más de 25 años que ha realizado cotizaciones al RAIS; señaló que respecto al deber de información que recae en cabeza de las administradoras de pensiones, no es razonable

ni jurídicamente válido el poner el imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima; finalmente concluyó que la pretensiones no están llamadas a prosperar en consideración a que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal, así como también no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es el retracto.

El apoderado de Colfondos interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque la decisión instancia en lo relacionado con la condena principal de que se ordene a la AFP de retornar al RPM a los gastos de administración, en virtud de que se causan y descuentan por disposición legal más no por capricho de las administradoras del RAIS y por ende son exequibles, vigentes; refirió que conforme a lo dispuesto por el Decreto 2555 del 2010, estos tienen una destinación específica de 11 gastos, de los cuales se encuentra para garantizar la defensa judicial del fondo, para la compra de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los otros 9 gastos son destinados únicamente para la realización de inversiones que hacen los fondos privados que generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual.

Indicó que dicho traslado generaría un enriquecimiento sin justa causa, toda vez que los recursos pensionales realizados por Colfondos son superiores a Colpensiones; resaltando que los mismos son de tracto sucesivo, por lo que si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran prescritos. Así mismo, señaló que no es posible ordenar la indexación, en virtud de que son los rendimientos generados por

la AFP superiores a lo que pudiera generar el Instituto de los Seguros Sociales, si la parte nunca se hubiera trasladado de régimen, los cuales quedaron más que compensados.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

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

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

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

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 18 de junio de 1998.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de agosto de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

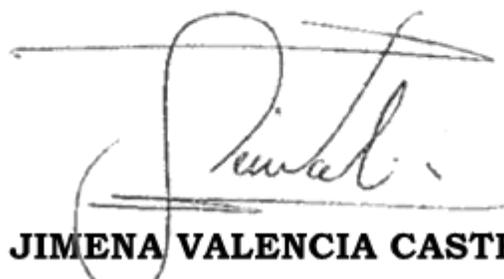
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MONICA SANCHEZ SANCHEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 007 2020 00397 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colfondos S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de septiembre de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes demandadas presentaron alegatos, en los que se reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia y/o la nulidad de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 24 de mayo de 1964; que cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, desde el 1 de febrero de 1987 hasta el 31 de abril de 1995, a través de su empleador la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá-Cundinamarca; que se trasladó el 1 de mayo de 1995 a Colfondos S.A; que posteriormente se trasladó a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., en el mes de enero de 1998; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión respecto al traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad,

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

Colfondos S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo ala demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse re régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora de fondo de pensiones obligatorias, prescripción, compensación y pago.

Porvenir S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que los traslados que realizó la demandante fueron completamente válidos, los cuales estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. 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, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de septiembre de 2023, el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó la demandante MÓNICA SÁNCHEZ SÁNCHEZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 51.827.213 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por

COLFONDOS S.A el 31 de marzo de 1995, así como el traslado horizontal realizado de COLFONDOS S.A a Porvenir S.A el 27 de octubre de 1997, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los rendimientos financieros que hayan generado durante la afiliación de la demandante, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A, las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberán pagar las demandadas a prorrata en favor de la demandante.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 2279 del 2021, reiteró el criterio definido con anterioridad y estableció que las AFP al momento mismo de su creación han tenido la obligación de brindar información calificada a sus afiliados y al efecto realizó una evolución de las etapas que ha tenido dicho régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colfondos interpuso recurso de apelación en lo relacionado a la condena principal de retornar al régimen de

prima media con prestación definida los gastos de administración, toda vez que se causan y descuentan por disposición legal mas no por capricho de las administradoras del RAIS, estos gastos tienen una destinación específica como lo es garantizar la defensa judicial del fondo, para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en los cuales la actora estuvo amparada, por lo que ordenar dicho traslado generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, resaltando que dichos emolumentos son de tracto sucesivo y están sujetos al fenómeno de la prescripción; por otro lado, indicó que no es posible ordenar la indexación porque con los rendimientos ordenados se compenso tal situación.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque el fallo de primera instancia, al considerar que las sumas correspondientes a los gastos de administración y el pago de seguro previsional que se ordenan en el presente asunto a trasladar tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP de tal suerte que dicha suma ya fue debidamente invertida en la forma exigida por la ley; señaló que en caso de que se deban retornar todos los rendimientos financieros causados en el RAIS resultaría necesario efectuar el descuento de las restituciones mutuas, en virtud de que se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección

Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

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

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

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

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

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

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

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

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

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

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

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

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

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

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

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

proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 27 de octubre de 1997.

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

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la

cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

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

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS,

dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de septiembre de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

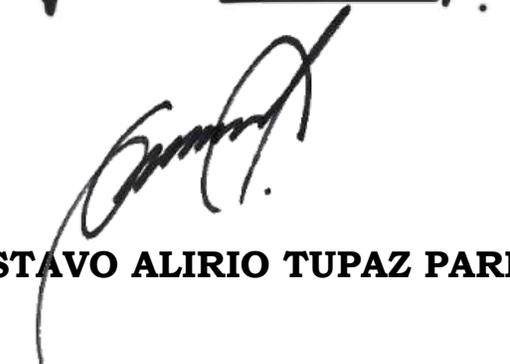
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

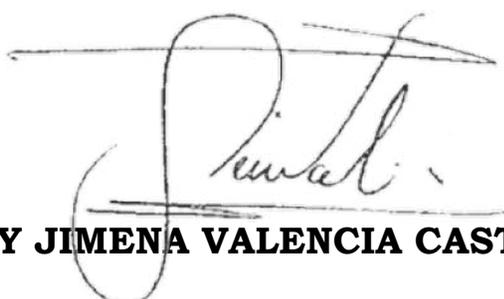
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NUBIA TOBAR FLOREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

RADICADO: 11001 3105 008 2019 00744 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2022. La sentencia impugnada absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas y el recurso de apelación tiene por objeto se revoque la decisión y se acceda a la ineficacia y/o nulidad del traslado.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante Nubia Tobar Florez pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos causados, frutos e intereses sin descontar cuotas de administración, tal y como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil; así como también se ordene a esta última entidad reconocer y pagar pensión de vejez.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 18 de diciembre de 1948; que cotizó un total de 400,43 semanas para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde el año 1966 hasta el 31 de agosto de 1999; que se trasladó a Porvenir S.A el 1 de septiembre 1999, sin que el fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión respecto al traslado; que la AFP le otorgó pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la situación pensional de la demandante ya se encuentra consolidada, toda vez que actualmente percibe prestación económica por parte de la AFP; por otro lado, refirió que, en el año 1999, la accionante recibió información veraz, completa y oportuna sobre el RAIS. Propuso las excepciones de mérito que denomino: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y señalando que no le constan otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el traslado realizado por la parte actora se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, por lo que es plenamente valido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo debe plenamente demostrarse por la parte demandante el engaño en la asesoría brindada por los funcionarios de la AFP, por otro lado, refirió que resulta imposible declarar la ineficacia de

traslado en virtud de la condición de pensionada por vejez. Propuso las excepciones de buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de agosto de 2022, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: Absolver a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y a la vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora NUBIA TOBAR FLOREZ de conformidad con las motivaciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción denominada inexistencia del derecho y la obligación, relevándose el despacho del estudio, pronunciamiento de los demás exceptivos invocados.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

CUARTO: En caso de no ser apelada, la presente decisión remítase las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral para que este el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 373 de año 2021, ha manifestado que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallaban de no haber existido el acto de traslado, sin embargo, la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada un hecho consumado un estatus jurídico que no es razonable revertir cuando se acredita la ineficacia pues ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas entidades, actos o relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros generando un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que al no abordar el análisis de las pruebas que militan en el expediente solo por el hecho de que la demandante tiene la condición de pensionada vulnera el debido proceso y la garantía judicial, ya que las mismas tienden a demostrar que en ninguna de las fases del traslado el conocimiento informado para que fuera un acto valido, pleno y consciente de la parte actor; refirió que no se comparte el precedente invocado del año 2021, en consideración a que se vulneran derechos humanos como la propiedad privada por las diferencias pensionales que se presentan, que genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de la AFP que tiene a cargo el pago de la pensión; solicitando de esta manera que se estudie la revocatoria frente al control de convencionalidad desechando el precedente judicial.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen

pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que la demandante tiene la condición de pensionada de Porvenir S.A., siendo que esto no se desconoce por las partes especialmente por la actora, pues su reparo gira en torno a que no le era aplicable el pronunciamiento efectuado recientemente por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, respecto de ineficacia de traslado en el caso de los pensionados.

Sobre el particular, conviene recordar que si bien la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional, no puede pasarse por alto que la Sala de Casación Laboral en pronunciamiento del 10 febrero de 2021, estableció que la situación de los pensionados constituía un estatus jurídico consolidado que no se podía revertir e impedía la ineficacia del traslado, abandonando así el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demandaba era un pensionado

Al respecto, resulta pertinente traer a colación apartes de la Sentencia mencionada, correspondiente a la SL-373 de 2021 con radicación No. 84475, que sobre el particular señaló:

“(...)

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos,

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado.

(...)"

De conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia citada resulta acertado resumir lo siguiente: i) que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; ii) que invalidar el estado de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y en especial tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones y iii) si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información y con ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, podrá demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Así las cosas, acoge este fallador el criterio expuesto por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral al considerar que las razones otorgadas en la jurisprudencia avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento y en esa medida como el demandante, poseía el estatus de pensionado, se procederá a confirmar la sentencia expedida por el a quo, en cuanto la misma se ajusta al precedente vigente establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

En ese orden de ideas y como la demandante Nubia Tobar Florez, poseía el estatus de pensionada, se procederá a confirmar la sentencia expedida por el a quo, en cuanto la misma se ajusta al precedente vigente establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de agosto de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante, se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000

Esta decisión se notificará por edicto.

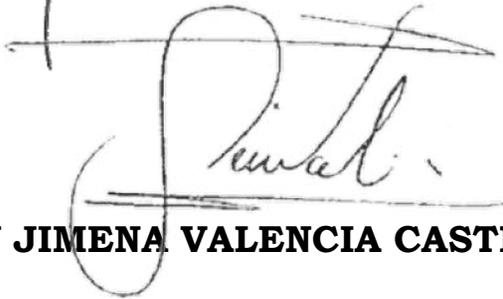
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RONAL ENRIQUE
MIRANDA NAVARRO CONTRA DRUMMOND LTDA
VINCULADO SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**

RADICADO: 11001 3105 009 2019 00542 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro
(2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de febrero de 2021, en donde se absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

El recurso tiene por objeto que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones reclamadas en la demanda, siendo que el reconocimiento de una pensión a un trabajador no constituía una justa causa para terminar el contrato de trabajo de personas con discapacidad, adicionalmente destaca que se configuran los presupuestos para otorgar la indemnización plena de perjuicios.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de Drummond Limited en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El actor formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, así como que la terminación del contrato efectuada era ineficaz, en consecuencia, se ordenara a reintegrarlo a su puesto de trabajo, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones desde el despido hasta el reintegro, a la indemnización plena de perjuicios contemplada en el artículo 216 del C.S.T. , a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que laboró en la empresa Drummond LDT., desde el 06 de agosto del 2009 hasta el 12 de mayo de 2015, siendo contratado para desempeñarse como operador de cargadores en el área del carbón; que la labor mencionada

consistía en operar palancas y controles del cargador a efectos de realizar la extracción, remoción y cargue de carbón y prestar servicio de adecuación y limpieza de las áreas donde se encontraban otros equipos operando; que la empresa manejaba una política de “rápido rápido”, dentro de la cual no tenía oportunidad para descansar y en virtud de ella fue acosado; que por lo anterior empezó a tener problemas psiquiátricos, además adujo que debía permanecer en posición sedente durante 11 horas sin descanso, no tenía tiempo para ingerir alimentos y estuvo expuesto a cambios de temperatura bruscos así como debía trasladarse al pueblo más cercano para descansar o comer en trayecto de 1 hora.

Igualmente señaló que en dictamen No. 4444 del 4 de septiembre del 2014, fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con un 59.05% de PCL de origen común, con fecha de estructuración del 28 de agosto del 2014; que la calificación se hizo por los diagnósticos de esquizofrenia no especificada y otros trastornos especificados de los discos intervertebrales; que mediante resolución GNR 41226 del 20 de febrero del 2015, se le reconoció la pensión de invalidez de origen común y el 15 de octubre del 2014 mediante oficio se dio por terminado la relación laboral, no obstante, no se pidió el debido permiso al Ministerio del Trabajo y no se le pagaron las prestaciones extralegales durante el tiempo que estuvo incapacitado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Drummond Limited., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no aceptaba los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la relación laboral con el demandante terminó con justa causa por el reconocimiento de la pensión de invalidez otorgada por Colpensiones, conforme a la facultad establecida por el artículo 7, literal a, numeral 14 del decreto 2351 de 1965 (art.62 C.S.T), con el preaviso correspondiente,, adicionalmente, señaló que los diagnósticos del demandante fueron calificados como de origen común, por lo que no podía solicitarse una indemnización por una enfermedad laboral inexistente. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, compensación, pago y genérica.

Mediante auto del 4 de febrero de 2019, se aceptó el llamamiento en garantía efectuado por Drummond Limited a SBS Seguros Colombia S.A.

SBS Seguros Colombia S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señalando que no existía fundamento fáctico ni jurídico que permitiera la procedencia de las peticiones del demandante, teniendo en cuenta que Drummond, cumplió con todas sus obligaciones y no existía culpa que genera la responsabilidad patronal. En cuanto al llamamiento en garantía, aludió que se oponía al mismo por cuanto en el evento en que se formulara una condena en contra del asegurado, el amparo se limitaba a la cobertura y a

las condiciones, exclusiones y límites previstos en la póliza. Formuló entre otras las excepciones de inexistencia de siniestro, inexistencia de la obligación, inexistencia de la responsabilidad patronal, prescripción, inexistencia de perjuicios, cobro de lo no debido, limitación a la suma asegurada, exclusiones pactadas y aplicación de deducibles, culpa exclusiva de la víctima, incumplimiento de la carga probatoria, agotamiento de la suma asegurada y reducción suma asegurada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de febrero de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a DRUMMOND LTD. y a SBS SEGUROS COLOMBIA SA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor RONAL ENRIQUE MIRANDA NAVARRO en el presente asunto.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido por ausencia de causa y de la obligación y el despacho se declara revelado del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva en su contestación.

TERCERO: COSTAS las costas serán a cargo de la parte demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$ 1.000.000 de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del CS de la J.

CUARTO: en caso de no ser apelada la presente sentencia, remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el Grado Jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 CPTSS.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que los destinatarios de la estabilidad en el empleo contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, eran aquellas personas que a pesar de su discapacidad podían prestar sus servicios esto con el fin de garantizarles su inclusión y un sustento económico a través del cual se pudiera garantizar su mínimo

vital, razón por la cual dicha estabilidad no cobijaba aquellas personas con una PCL superior al 50%, que eran beneficiarias de la pensión de invalidez, acto seguido, mencionó que la demandada gozaba de la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo, por estar respaldada su actuación en una causal objetiva (reconocimiento de la pensión de invalidez con inclusión en nómina), sin que para esto tuviera que mediar permiso a la autoridad del trabajo.

En cuanto a la indemnización plena de perjuicios señaló que conforme a la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L, correspondía al trabajador demostrar el incumplimiento de una de las obligaciones de protección y seguridad del empleador, ya que no basta con la simple afirmación genérica de la falta de vigilancia y control, si no que se necesita delimitar en que consistía el incumplimiento de las respectivas obligaciones, el cual a su vez ha de tener un nexo de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente o la enfermedad, así se señaló que de los medios probatorios allegados y practicados no podía colegirse que las patologías y/o enfermedades diagnosticadas al actor hubiesen sido por causa o con ocasión del trabajo¹.

¹ Extracto sentencia de primera instancia: "(...) realizando entonces un análisis de los anteriores medios probatorios se advierte que, si bien se acreditó que el actor acudió en dos oportunidades a consulta por psiquiatría, en la que se le diagnosticó trastorno depresivo mayor, trastorno del sueño e ideación suicida, no obra prueba que permita establecer que la misma haya sido por causa con ocasión de trabajo máxime que el demandante atribuye el origen de la enfermedad a la falta de descanso, sin embargo, se estableció con el análisis de puesto de trabajo, que la jornada era por turnos de 12 horas, con un descanso de 145 minutos en promedio. Asimismo, el demandante señala como incumplimiento de la demanda del suministro de instalaciones adecuadas para el descanso de los trabajadores, pero no se puede establecer que fuera obligación de la demandada suministrar las instalaciones para el descanso de los trabajadores a la finalización de su jornada, ya que dicha obligación no se encuentra contenida dentro de las previstas en los artículos 56, 57 y 59 del código sustantivo del trabajo y dentro del plenario no obra ninguna fuente, obligación de origen legal, convencional o contractual que le atribuya ese deber, por lo que es señalar el despacho que las afirmaciones de los testigos citados por la parte actora, particularmente Oliver Miranda Mercado y Merión Rafael Silva Mendoza, quienes dijeron haber laborado para la empresa demandada y adujeron que, en su opinión, las patologías diagnosticadas al demandante se derivaban del trabajo debido a que el mismo había ingresado sano a la empresa, ya que la labor ejecutada implicaba jornadas extensas, con poco descanso y que en la labor cumplida por el actor aquel estaba expuesto a vibraciones permanentes porque la máquina

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación contra la sentencia a efectos de obtener la revocatoria de la decisión sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no se compartía la decisión ya que existía una violación de la ley sustancial “*artículo 26 de la Ley 361 de 1997*”, por falta de aplicación del precedente judicial contemplado en la sentencia C 531 del 2000 de la corte constitucional y de lo establecido en los artículos 40, 47 y 54 del Carta Constitucional, en la medida que el reconocimiento de una pensión al trabajador con discapacidad no constituía una causa objetiva para terminar la relación laboral, siendo un tema novedoso discutir si la persona a la cual se le reconocía una pensión de invalidez, seguía gozando de estabilidad laboral reforzada, especialmente cuando en su sentir existía una derogación tacita del numeral 14 del artículo 62 del C.S.T., conforme a lo expuesto en los artículos 18, 19 y 21 de la Ley 319 de 1996², aduciendo que en este

suministrada por la empleadora no contaba con las características para romper carbón, lo que le producía dolores en la zona de la espalda, situaciones que afirmaron les constaban porque habían visto al demandante trabajar y se lo habían encontrado en la unidad de salud, no resultan ser un elemento de convicción capaz de acreditar el presupuesto de la norma a la que se le a la que se pretende hacer surtir efectos, ya que ninguno de ellos cuenta con conocimientos especializados que les permita dar cuenta del nexo entre las patologías y el trabajo, máxime cuando no se arrimó ninguna probanza de esa naturaleza que permita ratificar sus afirmaciones y las enfermedades padecidas por el actor fueron calificadas como de origen común en dictamen del 4 de septiembre de 2014 frente al que se precisa, pese a que se verifica la existencia de investigación penal, lo cierto es que la misma recae en lo que respecta al porcentaje de pérdida de capacidad laboral y no al origen de las patologías. Finalmente, tampoco existe prueba del daño irrogado por la demandada de la modalidad de lucro cesante y daño moral cuya indemnización se reclama, por ello no es posible predicar que el padecimiento diagnosticado al demandante sea origen laboral, ni menos aún que haya existido un incumplimiento grave de las obligaciones del empleador (...)”.

² que acogió la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales, culturales, protocolo de San Salvador, suscrito En Salvador el 17 de noviembre de 1988, sobre la protección de los minusválidos.

asunto no se debía tener en cuenta la objetividad de la terminación del contrato de trabajo sino si la persona tenía realmente un estado de discapacidad y si la terminación del contrato de trabajo violó el principio de estabilidad laboral reforzada.

En cuanto a la indemnización plena de perjuicios, señaló que el tema que fue objeto de debate y que se discutió en el plenario fue el hecho de que al señor Ronald Miranda Navarro no se le suministró la herramienta necesaria y se le colocó en una situación de riesgo innecesario al soportar cargas que de acuerdo al contrato de trabajo no tenía por qué soportar, ya que si bien fue contratado como operador de una máquina para cargar también realizaba una actividad de picado de carbón, aduciendo que en este caso la culpa del empleador se encontraba demostrada ya que se colocó al trabajador en actividades para las que no fue contratado y estas actividades sin la maquinaria y herramienta necesaria le produjo las lesiones a nivel lumbar, de la apreciación de la prueba que se aporta podría determinarse que realmente no se trató de una enfermedad común, sino una enfermedad de origen profesional, ya que existe una relación de causalidad entre la lesión que tiene el señor a nivel lumbar y la actividad que él hacía relacionada con él con el picado de carbón.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad

Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del despido del demandante por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud y en caso positivo si resultaba procedente el reintegro junto con las demás pretensiones derivadas de ello, igualmente, se analizará si en este caso resultaba procedente la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del C.S.T.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 6 de agosto de 2009 y el 2 de mayo de 2015; ii) que el actor se desempeñó como operador de cargador; iii) que devengó como último salario promedio la suma de \$3.807.142 y iv) que el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral del empleador invocando la existencia de una justa causa, conforme dan cuenta las documentales allegadas al proceso, la conducta procesal de las partes y no tratarse de asuntos que fueran objeto de controversia en la decisión.

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad, como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”¹ (Subrayas y negrita fuera de texto).

La anterior norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C - 531 de 2000, en donde precisó que se declararía la exequibilidad del inciso segundo, en el entendido que el despido del trabajador o terminación del contrato de trabajo por razón de la limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización, de suerte que si el empleador lo contraviene deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre ha establecido parámetros para determinar cuándo se estaría en presencia de una persona beneficiaria de la norma antes citada, indicándose recientemente en la sentencia SL1152-2023, que debían confluir las siguientes situaciones: i) la existencia de una deficiencia a mediano o largo plazo; ii) la existencia de una barrera de tipo laboral que le impidiera ejercer en condiciones de igualdad su labor, iii)

que dicha situación fuera conocida o notoria para el empleador.

Como se observa la protección busca evitar que se produzca la terminación la relación laboral en razón o con motivo en la discapacidad sufrida por el trabajador, debiéndose precisar en este punto que tal amparo se genera siempre y cuando no exista una causal objetiva de terminación del contrato como se ha mencionado en diversas oportunidades por la C.S.J., S.C.L., en sentencias como la SL1360-2018 y la SL711-2021.

En ese orden de ideas, se abordará en primera medida el estudio de la terminación del contrato acaecida en aras de establecer si en este caso se presentaba una causa objetiva y/o legal para la finalización del vínculo contractual, dado que ello desvirtúa el despido discriminatorio en tanto que se consideran legítimas para dar por concluida la relación de trabajo.

Como documental relevante, se allegó comunicación de fecha 22 de abril de 2015 en donde se dio el pre aviso sobre la finalización del contrato al actor a partir del 12 de mayo de 2015, en los siguientes términos:

“(…)

Señor
RONAL ENRIQUE MIRANDA NAVARRO
Transversal 11 No 7-20
ronalmn.1982@hotmail.com
La Jagua De Ibirico - Cesar

Apreciado Señor Miranda:

Por medio de la presente se le comunica la decisión que ha tomado la Empresa de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, con base en la causal que adelante se indica y una vez se cumpla el preaviso que por medio de esta carta se le da.

En efecto, el Fondo de Pensiones COLPENSIONES, por medio de la resolución No GNR 41226 del 20 de Febrero de 2015, nos informa que le ha reconocido una **PENSIÓN POR INVALIDEZ**, la cual le fue asignada con anterioridad, por lo que se verificó que usted actualmente se encuentra en nómina de pensionados y recibiendo la correspondiente mesada pensional.

En consecuencia, y en concordancia con el Numeral 14 del Artículo 7 Literal a) del Decreto 2351 de 1965 que consagra como justa causa de terminación del contrato, el reconocimiento de la pensión por Invalidez estando al servicio de la Empresa, se procede a terminar el contrato de trabajo, decisión que se hará efectiva a partir del día 12 de Mayo de 2015.

Si usted lo desea podrá practicarse exámenes médicos de retiro, dentro de los 5 días siguientes a la terminación efectiva del contrato, para lo cual deberá dirigirse a la Unidad de Salud de la Mina Pribbenow.

Para reclamar el valor final de sus prestaciones sociales y demás derechos a que haya lugar, deberá acercarse a las oficinas de recursos humanos en Valledupar, ubicadas en la calle 15 No 14 - 33 of 409.

Atentamente,


LUIS CABELLO MUGNO
DIRECTOR DE RECURSOS HUMANOS
DRUMMOND, LTD.

Ronal Miranda 25-04-15
84050517 10:42-AM

(...)"

De la comunicación anterior, se extracta que el fundamento de la terminación del contrato se edificó en el reconocimiento de la pensión de invalidez efectuado en cabeza del señor Ronal Enrique Miranda Navarro.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que tal reconocimiento fue acreditado en el proceso con la Resolución No. GNR 41226 del 20 de febrero de 2015, expedida por Colpensiones, en la que se efectúa el reconocimiento al actor a partir del 20 de octubre de 2014, en cuantía de \$1.133.053, con la precisión de que la prestación sería ingresada en nómina de 201503 que se paga en 201504 en la central de

pagos del Banco Popular C P segunda quincena de la ciudad de Valledupar.

Como se observa, la anterior situación se enmarca dentro de las justas causas de terminación del contrato en los términos expuestos en el numeral 14 del artículo 62 del C.S.T. (modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965), esto es, el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa, existiendo así causa objetiva para la finalización del contrato de trabajo, desvirtuando así que el despido fue discriminatorio.

En este punto conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL3275-2019, señaló que la pensión de invalidez *“(...) está destinada a cubrir las contingencias generadas por la enfermedad o el accidente que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral. En este sentido, su fin es garantizar a la persona que ve disminuida su capacidad para trabajar, un ingreso que le permita asegurar todas sus necesidades básicas, así como el de las personas que se encuentren a su cargo.”* a renglón seguido se indicó que *“(...) la referida prestación tiene una estrecha relación con el trabajo, pues en principio, la pérdida de capacidad laboral hace imposible al afiliado procurarse un ingreso que le permita vivir en condiciones aceptables mediante el ejercicio de una actividad.”*

Como se observa, el reconocimiento de la pensión de invalidez es excluyente con la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero de salud, en tanto que la primera pretende el cubrimiento de la contingencia que inhabilita a la persona para ejercer su actividad laboral mientras que la segunda tiene por objeto la permanencia en el empleo de una persona que si bien cuenta con una deficiencia en su salud se encuentra laborando, por lo que el racionamiento efectuado por el recurrente resulta inconducente.

Nótese como en la sentencia C-531 de 2000, lo que se determina es la constitucionalidad condicionada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es decir, como debe interpretarse la garantía contemplada en el mismo, de cuyos supuestos se colige que aplica para trabajadores que a pesar de contar con una deficiencia aun se encuentran en capacidad de laborar conforme a nuestro ordenamiento legal, aspecto que claramente no es predicable respecto de una persona calificada con un PCL superior al 50%.

De igual forma, conviene destacar que el hecho que se efectuó la revocatoria directa de la pensión por Colpensiones, no desdibuja la justa causa invocada, dado que en su momento el acto administrativo expedido proporcionaba seguridad jurídica al asunto.

De otra parte, en lo que respecta al reparo relacionado con la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal, debe mencionarse que este se fundamenta en que se le impusieron

al trabajador actividades para las que no fue contratado “picar carbón” y que el despliegue de tales actividades sin la maquinaria y herramienta necesaria le produjo las lesiones a nivel lumbar.

Sobre el particular debe anotarse que tales supuestos resultan novedosos al escrito inaugural de la demanda, tampoco fueron objeto de la fijación del litigio, ni de la decisión de primera instancia, debiendo en este punto enfatizarse en que en el hecho 12 de la demanda se indicó que la función del actor como operador de cargador era básicamente operar las palancas y mandos del equipo, adujo en los hechos subsiguientes que ante una política implementada en la compañía no tenía la oportunidad de descansar y ello lo condujo a problemas psiquiátricos, que por la actividad desplegada debía permanecer en posición sedente por 11 horas, que no tenía tiempo si quiera para ingerir alimentos y descansar, que debía realizar varios movimientos de flexión y extensión en brazos y piernas, que el motor del vehículo que operaba generaba una serie de ruidos que afectaron sus oídos y estuvo sometido a cambios extremos de temperatura, acto seguido, aduce que fue calificado por los diagnósticos de esquizofrenia y otros trastornos especificados de los discos intervertebrales.

En ese orden, no se observa que exista congruencia entre el recurso de apelación y la providencia impugnada siendo que el apelante no cuestionó, no criticó, ni censuró las motivaciones de la providencia que recurrió, en consecuencia,

en lo atinente a este tópico carece de objeto la apelación presentada.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia emitida el 11 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

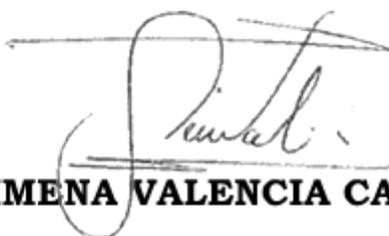
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO NEISAN NIRIA
RODRIGUEZ ROMERO contra ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR
S.A.**

RADICADO: 110013105 009 2022 00026 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las demandadas presentaron alegatos, en los que se reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia y/o la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes, cuotas de manejo y rendimiento efectuados, como si nunca se hubiese trasladado.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que su primera vinculación laboral el 25 de marzo de 1978 en la empresa Covippar Ltda, cotizó aportes en pensión en el Instituto de los Seguros Sociales, hasta el 13 de febrero de 1991; que realizó cotizaciones a CAJANAL hasta el 25 de agosto de 1991; que se trasladó el 14 de agosto de 1995 a Porvenir S.A., sin que el fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión respecto del traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y la genérica.

Porvenir S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación efectuada con la AFP, fue producto de una decisión libre e informada, luego de que la parte actora recibiera información de manera, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de junio de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Neisan Niria Rodríguez Romero, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir S.A., el 14 de agosto de 1995.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

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

SEXTO. DE NO SER APELADO esta decisión, remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el deber de información se encuentra a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones el cual es exigible desde su creación y con el paso del tiempo dicho deber se ha consagrado con mayor exigencia identificándose tres etapas conforme las normas que han regulado el tema el primer periodo desde 1993 al 2009, el segundo periodo desde el 2009 hasta el 2014 y el tercer periodo del 2014 en adelante; precisó que la Corte ha indicado que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ello puede tener frente a los derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la sentencia a efectos de obtener la revocatoria de la decisión sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente: Que no comparte el argumento expuesto por el juzgado sobre la carga de la prueba, ya que los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por la parte que los alego y puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo, de conformidad con el artículo 167 de código general del proceso; refirió que no se aportaron las pruebas pertinentes de quien tenía la carga procesal, en este caso la parte demandante, recordando que las consecuencias del traslado se encuentran definidas en la ley 100 de 1993 y que cualquier duda interpretativa no tiene el alcance para viciar el consentimiento, menos para la demandante que efectuó varios traslados en el RAIS en diferentes administradoras de fondos de pensiones; resaltó que han transcurrido más de 25 años configurándose imposible probar las circunstancias que

rodearon las suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental, por lo que resulta aplicable el principio de nadie está obligado a lo imposible.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

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

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

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

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni rempazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 14 de agosto de 1995.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de junio

de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

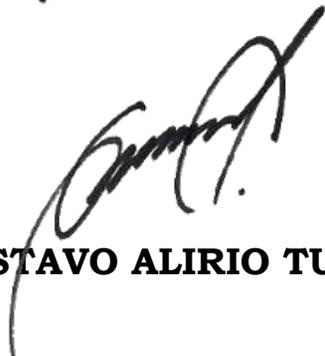
Esta decisión se notificará por edicto.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE
ARMANDO ARIAS CONTRA ECOPETROL S.A.**

RADICADO: 11001 3105 010 2020 00259 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro
(2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de enero de 2021, en donde se declaró probada la excepción de cosa juzgada de las pretensiones 1, 2 y 3, se declaró probada la excepción genérica “pago” por \$12.762.720 y se condenó al pago de salarios,

prestaciones sociales y aportes al SGSS en pensión del 04 de julio de 2018 al 8 de octubre de 2018.

El recurso tiene por objeto que se revoque la decisión, ya que el trabajador al momento de la terminación del contrato por causa legal no se encontraba en situación de debilidad manifiesta y no compartía las razones de la declaratoria de cosa juzgada.

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

I. ANTECEDENTES

El actor formuló demanda con el objeto que se declarara que el despido del que fu objeto era ineficaz al no haberse solicitado autorización ante el Ministerio del Trabajo, en consecuencia, se ordenara a Ecopetrol S.A. a reintegrarlo en forma definitiva y se condenara a la demandada al pago de 180 días de salario conforme a lo expuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 junto con el pago de salarios y prestaciones sociales a que hubiere lugar, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que celebró contrato de trabajo a término fijo con Ecopetrol S.A. el 5 de julio de 2016, para

desempeñarse en el cargo de operador de plantas B4; que el 5 de julio de 2017, recibió preaviso de la terminación del contrato de trabajo; que con posterioridad recibió diagnóstico de gastritis crónica con resultado positivo de helicobacter Pylori; que el 28 de mayo de 2018, le entregaron carta de terminación del contrato de trabajo, siendo terminado el contrato a partir del 4 de julio de 2018; que fue diagnosticado con bursitis de hombro izquierdo; que mediante fallo de tutela emitido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil – Familia el 24 de septiembre de 2018, se ordenó reintegrarlo al cargo que venía desempeñando y al pago de las suma de 180 días a título de indemnización; que el 8 de octubre de 2018, se efectuó acta de reintegro; que no se solicitó autorización previa ante el Ministerio del Trabajo para terminar el contrato de trabajo y que la demandada no le ha cancelado los salarios y prestaciones sociales adeudadas entre el 4 de julio de 2018 y el 8 de octubre de 2018 ni los 180 días de indemnización.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ecopetrol S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no requerían autorización del Ministerio del Trabajo, para dar por terminado de forma legal el último de los contratos suscrito entre las partes que finalizaba el 4 de julio de 2018, por cuanto actuaba en cumplimiento del numeral 1 inciso c del artículo 61 del C.S.T., esto era, vencimiento del

plazo fijo pactado, constituyendo una causal objetiva, destacando además que para tal fecha no se tenía conocimiento del estado de salud ni enfermedades o patologías sufridas por el actor, tampoco conocía sus tratamientos médicos ni calificación.

Asimismo, señaló que se oponía al pago de los 180 días de indemnización porque ya se habían consignado mediante depósito judicial al demandante aludiendo que adjuntaba copia del comprobante y en cuanto a los salarios y prestaciones, señaló que debía tenerse en cuenta que los mismos fueron negados por improcedentes. Propuso entre otras las excepciones de: inexistencia de las obligaciones laborales que se reclaman, inexistencia de debilidad manifiesta, prescripción, buena fe, compensación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de enero 2021, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre Jorge Armando Arias y Ecopetrol SA existió un contrato de trabajo a término fijo que mediante la sentencia de tutela se declaró ineficaz el despido del trabajador producido a partir de cuatro (04) de julio del año dos mil dieciocho (2018) y se ordenó el reintegro definitivo al mismo cargo que venía desempeñando y que fue reintegrado desde el ocho (08) de octubre del dos mil dieciocho (2018) de conformidad a la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR que el trabajador tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales correspondientes a cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y pago de aportes en seguridad social con destino a pensiones por el periodo correspondiente al cuatro (04) de julio de dos mil dieciocho (2018) al ocho (08) de octubre del dos mil dieciocho (2018), por lo tanto se condena a pagar a Ecopetrol SA a favor del demandante Jorge Armando Arias la suma correspondiente a salarios y prestaciones sociales de ocho millones ciento siete mil trescientos treinta y cuatro pesos (\$8'107.334) por concepto de cesantías e intereses, prima de servicios y salarios dejados de percibir por el periodo antes citado que debe ser pagados

debidamente indexado desde la fecha de que se causa la obligación hasta la fecha efectiva de pago y adicionalmente se condena a Ecopetrol a que debe pagar a favor del señor Jorge Armando Arias los aportes a seguridad en pensión a la entidad administradora de pensiones al cual se encontraba afiliado el demandante para el cuatro (04) de julio del año dos mil dieciocho (2018) sobre un ingreso base de cotización de dos millones doscientos veinte mil novecientos treinta pesos (\$2'220.930) en las condiciones que imponga dicha entidad de seguridad social de conformidad la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR *probada parcialmente la excepción genérica de pago frente al pago efectivo de la indemnización de ciento ochenta (180) días de conformidad al artículo 26 de la ley 361 de mil novecientos noventa y siete (1997) por la suma de doce millones setecientos sesenta y dos mil setecientos veinte pesos (\$12'762.720) y de oficio este despacho declara la existencia de cosa juzgada frente a las pretensiones uno (1), dos (2) y tres (3) de la demanda que corresponden a la declaratoria de ineficacia del despido, a la orden de reintegro del actor de manera definitiva y el reconocimiento de la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de mil novecientos noventa y siete (1997) y en consecuencia este despacho en cuanto a la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de mil novecientos noventa y siete (1997) por el pago ya efectivo se le absuelve de dicha pretensión, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.*

CUARTO: SE CONDENA *en costas a la parte demandada a favor de la parte demandante tásese e incluye como agencias en derecho la suma de seiscientos mil pesos (\$600.000)."*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que debía declararse la excepción de cosa juzgada puesto que en este asunto se cumplían los presupuestos para configurar la misma respecto de la acción constitucional adelantada, identidad de partes, causa y objeto, siendo que lo que se estaba reclamando era que de manera definitiva se declarara la ineficacia del despido, el reintegro del demandante por encontrarse en debilidad manifiesta y el pago de los 180 días de indemnización, pero se partía de un presupuesto equivocado ya que la acción de tutela no fue de carácter transitorio sino que fue una decisión de carácter definitivo, puntualizando que en ninguna parte de la providencia emitida por la Sala Civil Familia, el 24 de septiembre de 2018, con ponencia de la doctora Neyla Trinidad Ortiz Ribero, se hizo alusión a que se concediera el amparo de manera transitoria,

precisando además que lo único que se aludió en tal providencia era que no era procedente el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales del periodo comprendido entre el 4 de julio de 2018 y el 8 de octubre de 2018, lo que debía ser decidido por la jurisdicción ordinaria, por lo que respecto de las pretensiones 1, 2 y 3 operaba el fenómeno de la cosa juzgada.

Asimismo, se indicó que en forma adicional a la anterior excepción también se declararía probada la excepción de pago por cuanto dentro del proceso obraba la constancia de pago por consignación de la indemnización de 180 días por valor de \$12.762.720 además que ello había sido aceptado en audiencia por la parte, por lo que solo quedaba pendiente para debatir el pago de los salarios y prestaciones del periodo comprendido entre el 4 de julio de 2018 y el 8 de octubre de 2018, así señaló que conforme a la documental allegada se tenía que solo se pagaron los 4 días laborados del mes de julio y los pagos correspondientes a la liquidación del contrato de trabajo, pues de los otros documentos allegados no podía colegirse el pago de tal periodo, acto seguido, señaló que cuando se producía la orden de reintegro ello implicaba la ineficacia del despido y por tanto la exigibilidad de los derechos laborales correspondientes al interregno en que el trabajador permaneció retirado del servicio de manera ilegal, por lo anterior, procedió a liquidar las acreencias reclamadas incluidos los aportes a pensión por constituir también una prestación social debidamente indexados, considerando para

ello el salario devengado en el mes de julio de 2018 (\$2.220.930).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria de la misma, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, lo siguiente:

“(...) No tuvo en cuenta el despacho o no tuvo el despacho por probado estándolo que frente al presunto estado de debilidad manifiesta señalado por el actor la honorable Corte Constitucional ha sostenido como lo ha manifestado en sentencia T700 de dos mil trece (2013), que para efectos de establecer si la desvinculación del trabajador obedece a su condición de salud deben acreditarse los siguientes supuestos y en caso que no se relacione uno de ellos no opera la estabilidad, debe entenderse entonces que para que proceda la protección invocada por el demandante no solo se requiere que la persona se encuentre en estado de debilidad o disminución física o mental sino que esta influya negativa y sustancialmente en el desarrollo de las actividades del trabajador, toda vez que de no ser así mal podría predicarse algún tipo de discriminación en atención a su especial estado de salud. Para el caso particular que aquí nos ocupa tal como se ha indicado en el trascurso del proceso para la fecha de la terminación del contrato laboral del demandante este desempeñaban en debida forma el cargo para el cual fue contratado por lo cual no puede pensarse que la empresa lo despide en razón a unas presuntas patologías sobre las cuales no tenían conocimiento, reitero pues que los argumentos no se comparten de la cosa juzgada manifestado por el despacho y además está demostrado en el plenario, que a partir de lo indicado en precedencia y los documentos que se allegaron como a prueba es claro que la terminación del vínculo laboral del señor Jorge Armando Arias López se dio en razón a la expiración del término pactado toda vez que el trabajador hacía parte de la denominada bolsa de temporal de la refinería de Barrancabermeja y se encontraba vinculado con la empresa con contrato a término fijo, en ningún momento su desvinculación se dio en razón a su presunto estado de salud el cual se reitera una vez más no era de conocimiento de Ecopetrol, quiere decir lo anterior que no basta con las incapacidades médicas que haya podido presentar el trabajador para declarar la existencia de una debilidad manifiesta y de acuerdo material probatorio que obra dentro del expediente se logró demostrar que la terminación del contrato obedeció a la terminación del plazo fijo pactado y no un despido discriminatorio, ya que inclusive del inicio del vínculo laboral con el aquí demandante éste conocía la modalidad contractual, era la de término fijo, de tal suerte que llegado el día de su vencimiento, previamente conocido y pre avisado el contrato quedó sin objeto jurídico y en causal de terminación, así las cosas claro y contundente es que no se probó la existencia del nexo causal entre la terminación del contrato y la presunta situación de salud del demandante. Por todo lo anterior es claro y contundente que el fallador debió

declarar probadas las excepciones propuestas por la pasiva en la contestación de la demanda, así pues comedidamente primero solicito se sirva conocer el recurso de apelación en términos solicitado y sustentado y segundo se sirva a remitir el expediente al tribunal competente para que surta el trámite de la segunda instancia”.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente analizar de manera definitiva la ineficacia del despido del demandante por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud y las pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que celebró un contrato de trabajo a término fijo con Ecopetrol SA el 5 de julio de 2016; ii) que laboraba en rubiales en el cargo de operador de planta B4; iii) que el 22 de mayo de 2017, recibió aviso de terminación de contrato de trabajo, no obstante, el 30 de junio de 2017, se celebró un otrosí; iv) que el 5 de julio de 2017, se le entregó preaviso de la terminación del contrato y el 28 de mayo de 2018, le entregaron carta de terminación del contrato de trabajo, siéndole terminado el contrato a partir del 4 de julio de 2018; v) que el 8 de octubre de 2018, se efectuó acta de reintegro en virtud del fallo de tutela expedido en segunda instancia por el Tribunal Superior de distrito judicial de Bucaramanga sala civil, el 24 de septiembre de 2018, en el que se ordenó el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando y el pago de 180 días a título de

indemnización; vi) que en el trámite de primera instancia se cancelaron los 180 días de indemnización reclamados por valor de \$12.762.720.

Precisado lo anterior, debe indicarse que los reparos del actor giran en torno a que el demandante no se encontraba en situación de debilidad manifiesta al momento de la terminación del contrato, siendo que el mismo para tal momento desempeñaba en debida forma el cargo para el que fue contratado y que no podía concluirse que el mismo fue despedido en razón a unas patologías que no se tenían conocimiento, acto seguido, señaló que no se compartían los argumentos de la cosa juzgada, no obstante, no indicó las razones de ello y señaló que estaba probado con el soporte documental allegado que la terminación del vínculo se dio en razón a la expiración del término pactado.

Al respecto debe indicarse que no es factible volver a pronunciarse sobre un asunto que ya fue objeto de decisión judicial, esto es, lo relacionado con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud que encontró vulnerada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil- Familia, al resolver la impugnación presentada por el señor Jorge Armando Arias¹ (ver fl. 44 y ss, del archivo 01 del expediente digital), con la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo, el 4 de julio de 2018, sin autorización del Ministerio del Trabajo, determinando la ineficacia de la terminación y ordenando el reintegro junto al

¹ Providencia emitida el 24 de septiembre de 2018, en el proceso Rad. No. 975/2018 (68081318400220180021301)

pago de la suma de 180 días a título de indemnización como se observa en los siguientes apartes:

“(…)

Así las cosas, teniendo en cuenta que se hallan acreditados en el presente caso los presupuestos para preservar por esta vía el derecho a la estabilidad laboral reforzada de JORGE ARMANDO ARIAS LOPEZ, el cual fue vulnerado por la decisión de la entidad demandada de dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo, el 04 de julio de 2018 sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo, dadas las circunstancias de salud presentadas por aquel, habrá de revocarse el fallo impugnado, para en su lugar conceder el amparo, en el sentido de declarar la ineficacia de dicha terminación, y ordenarle a la Petrolera, proceda al reintegro del accionante en el cargo que venía desempeñando hasta cuando se produjo la finalización del vínculo laboral o en uno igual o de mejor condición, teniendo en cuenta sus capacidades y condiciones de salud, conforme a los lineamientos esbozados en el precedente constitucional citado, y al pago de la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido.

Ahora, en lo que atañe a los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la desvinculación y hasta que se dé el reintegro, el actor deberá perseguir su pago ante el Juez ordinario, quien determinará la procedencia de tal condena, pues un pronunciamiento en tal sentido excede las facultades del Juez constitucional, máxime que al reintegrarse y empezar a percibir salario, y al recibir la indemnización, se salvaguarda el derecho a su mínimo vital.

6. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil y de Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido por el JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO DE FAMILIA DE BARRANCABERMEJA, el 14 de agosto de 2018, para en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales deprecado, dentro de la acción de tutela promovida por JORGE ARMANDO ARIAS LÓPEZ en contra de ECOPETROL S.A., trámite al que se vinculó al DEPARTAMENTO DE SALUD DEL MAGDALENA MEDIO DE ECOPETROL, y a la OFICINA DEL TRABAJO TERRITORIAL DE BARRANCABERMEJA, con base en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo a término fijo suscrito entre JORGE ARMANDO ARIAS LÓPEZ y ECOPETROL S.A., dada el 04 de julio del año 2018 sin autorización del Ministerio del Trabajo, y en consecuencia ORDENAR a ECOPETROL S.A., que proceda en el presente providencia, a reintegrar al accionante en el cargo que venía desempeñando hasta cuando se produjo su desvinculación, o en uno de igual o de mejor condición, acorde a sus capacidades y situación de salud, en los términos señaladas en el precedente constitucional traído a colación en esta sentencia, y al pago de la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización.

TERCERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la pretensión de pago de salario y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación hasta que se materialice el reintegro, por lo motivado.

CUARTO: Por el medio más eficaz, notifíquese esta decisión a las partes y vinculados.

(…)”

Como se observa la decisión adoptada contempló un amparo definitivo y no se expidió como mecanismo transitorio en los términos del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991², siendo que no se indicó que la sentencia permanecería vigente durante el término que la autoridad judicial competente, que en este asunto sería el juez natural (laboral), utilizare para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

Asimismo, conviene recordar que el tipo de amparo es potestativo del juez constitucional, tal y como se colige de lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-132 de 2018, en donde señaló “(...) como se ha explicado en esta providencia, la regla de improcedencia de la acción de tutela prevista en el texto sometido a examen tiene claras excepciones vinculadas todas con la supremacía de los derechos fundamentales y la necesidad de protegerlos de manera eficaz siempre que estén sometidos a amenaza o hayan sido vulnerados por las autoridades. Así, el juez de tutela, en cada caso particular, deberá mesurar las circunstancias para determinar cuándo resulta procedente el amparo bien sea a título transitorio o definitivo.”

² **ARTICULO 8.** La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”

Respecto a la cosa juzgada constitucional, conviene recordar que la Corte Constitucional en sentencia SU-027 de 2021, señaló:

“2.2. La cosa juzgada constitucional

2.2.1. *La cosa juzgada ha sido definida en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, y por la jurisprudencia como una institución que garantiza la seguridad jurídica y el respeto al derecho fundamental al debido proceso.*

De un lado, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 332, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, establecen que << (...) la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...)>>.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencias C-774 de 2001^[30] y T-249 de 2016^[31], definió a la cosa juzgada como una << (...) institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas (...)>>.

Como se expuso en párrafos precedentes, la presentación sucesiva o múltiple de acciones de tutela puede configurar una actuación temeraria y, además, comprometer el principio de cosa juzgada constitucional. Esto, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal constituye un ejercicio desleal y deshonesto de la acción, que compromete la capacidad judicial del Estado como también los principios de economía procesal, eficiencia y eficacia^[32].

De igual manera, ha sostenido que se predica la existencia de cosa juzgada constitucional cuando se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de un fallo de tutela y, entre el nuevo proceso y el anterior, se presenta identidad jurídica de partes, objeto y causa^[33].

2.2.2. Ahora bien, por regla general, un fallo de tutela queda amparado por la figura de la cosa juzgada constitucional en los eventos en los que la Corte Constitucional decide excluir de revisión un fallo o, si el mismo es seleccionado, esta se configura cuando queda ejecutoriada la providencia que expida este Tribunal.
(Subrayas y negrita fuera de texto)

2.2.3. *No obstante, esta Corporación ha desvirtuado la configuración de la cosa juzgada en casos excepcionalísimos, entre ellos, los hechos nuevos. La anterior circunstancia puede dar lugar a levantar la cosa juzgada constitucional, así se verifique la identidad de partes, objeto y pretensiones.*

(...)

En suma, no cualquier hecho nuevo puede tenerse como tal a la luz de los presupuestos anotados en párrafos precedentes. Sin embargo, este adquiere mayor trascendencia y debe analizarse con mayor cuidado, en los casos relacionados con una prestación periódica, la imprescriptibilidad de la pensión o los efectos contrarios al derecho a la igualdad, donde los afectados pueden acudir nuevamente a la jurisdicción constitucional.

(...)"

De conformidad con el precedente citado, se tiene que los fallos de tutela hacen tránsito a cosa juzgada cuando la misma es excluida de revisión o cuando es seleccionada al momento en que queda ejecutoriada, precisándose que tales efectos se predicen cuando se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de un fallo de tutela y entre el nuevo proceso y el anterior, se presenta identidad jurídica de partes, objeto y causa, situación que fue la que se expuso por el a quo.

En ese orden de ideas y dado que no se indicaron las razones por las cuales no se estaba de acuerdo con la declaratoria de la excepción de cosa juzgada y los reparos giraron en torno a asuntos a los cuales no es factible pronunciarnos conforme se dejó expuesto en líneas anteriores, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Diez Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

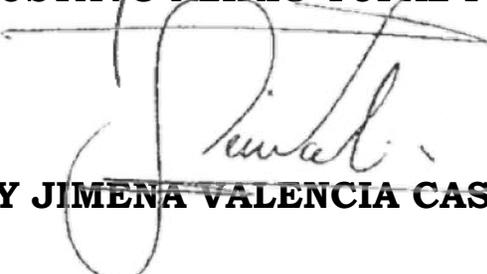
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO RAMIRO SANCHEZ VILLALBA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 010 2020 00310 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de septiembre de 2023.

En esta instancia los apoderados de la parte demandante y de Colpensiones presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación que realizó a Protección S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que desde el 21 de noviembre de 1985 hasta el 30 de abril de 2004 estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, que cotizó un total de 398,43 semanas; que en el mes de abril de 2004 se trasladó a Santander S.A., hoy Protección; sin que el fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión respecto del traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

El 16 de febrero del 2023, mediante auto el Juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de Protección S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de septiembre de 2023, el Juzgado Diez Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: se DECLARA la ineficacia de la afiliación del demandante el señor RAMIRO SANCHEZ VILLALBA al fondo de pensiones y cesantías SANTANDER hoy la AFP PROTECCION el día 05/04/2004 y en consecuencia la subsiguiente afiliación con traslado de cesión por fusión a la AFP PROTECCION en la fecha del 31/12/2012, por no haberse cumplido por el fondo privado el deber de información de dar a conocer las características de los regímenes pensiones, ventajas, desventajas y las consecuencias del traslado de régimen pensional al derecho pensional del demandante, por ende, se declara ineficaz el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual y se ordena el regreso automático a la afiliación en el régimen de prima media sin solución de continuidad hoy administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiere trasladado el demandante, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a restablecer Y recibir la afiliación del señor RAMIRO SANCHEZ VILLALBA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, como si nunca se hubiera trasladado conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES YCESANTIAS PROTECCION S.A., hacer la devolución con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor RAMIRO SANCHEZ VILLALBA correspondientes a cotizaciones, frutos, intereses, rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del C.C., que se hubieren causados y así mismo deberá realizar la devolución de los gastos de administración y primas de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes de garantía mínima descontados al demandante con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados y deberá acompañar la devolución con los documentos que permitan conocer a COLPENSIONES cuales fueron las sumas devueltas por concepto del señor RAMIRO SANCHEZ VILLALBA que en las documentales se encuentren también los ciclos o periodos cotizados, ingreso base de cotización, las sumas recibidas por rendimientos, intereses y cuáles fueron los gastos descontados por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia, gastos de administración porcentajes de garantía de pensión mínima para que COLPENSIONES pueda hacer la revisión de que efectivamente se le hace la devolución en los términos indicados en esta providencia. Se le otorga a la AFP PROTECCION el termino de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia para la devolución ordenada, de conformidad a la parte motiva de la providencia.

CUARTO: se CONDENAR a COLPENSIONES de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia debe imputar en la historia laboral del

demandante las semanas cotizadas por el señor RAMIRO SANCHEZ VILLALBA en el RAIS en la historia laboral de COLPENSIONES para efectos pensionales, así mismo una vez ingresen los dineros provenientes de PROTECCION, COLPENSIONES deberá revisar que la devolución se hace en los términos indicados en esta sentencia, de conformidad a la parte considerativa de la providencia.

QUINTO: se DECLARA no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP PROTECCION y COLPENSIONES a favor el demandante, y deben practicarse las liquidaciones por secretaría del despacho incluyendo como agencias en derecho a cargo de la AFP PROTECCION la suma de \$ 1.150.000 y a cargo de COLPENSIONES como agencias en derecho la suma de \$ 350.000.

SEPTIMO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta condenas impuestas a COLPENSIONES de conformidad art 69 CPT.”

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación, al considerar que se pasa por alto que para la fecha del traslado la realidad del momento según la normatividad

aplicable era la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 del año 1993, el cual era la aceptación, espontánea, libre y expresa de un afiliado de querer trasladarse a dicho régimen, el cual se manifiesta a través de la firma del formulario de afiliación, situación que resaltó se da a plenitud según se deriva del documento suscrito por el demandante; así mismo, refirió que no se puede juzgar a los fondos privados con base en normas inexistentes, ya que no tiene justificación jurídica y se estaría violando gravemente el debido proceso que le asiste a la entidad, toda vez que sin haber participado en dicho trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación y todo lo que conlleve a la declaratoria de ineficacia; resaltó que debe tenerse en cuenta que la parte actora recae en la prohibición que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 del año 2003.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

Una vez aclaro lo anterior, se establece que la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 5 de abril de 2004.

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

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

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,

**administrando justicia en nombre de la República y por
autoridad de la Ley,**

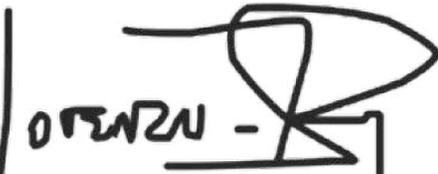
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de septiembre de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO BLANCA INES ARDILA
POVEDA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 018 2022 00204 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones presentaron alegatos, en los que se reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses, como lo señala el artículo 1746 del Código Civil.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que laboró para empresas del sector privado y público, por lo que efectuó aportes a Cajanal y al Instituto de los Seguros Sociales, cotizando un total de 376.56 semanas cotizadas; que se trasladó el 26 de agosto de 1999 a Porvenir S.A., sin que el fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión respecto al traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación al RAIS se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Sentencia C-1024 de 2004. Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe,

inexistencia del derecho, genérica, no procedencia del pago de costas.

Porvenir S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS, así como el posterior traslado horizontal, fueron completamente válidos, ya que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de junio de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora BLANCA INÉS ARDILA POVEDA identificada con cédula de ciudadanía No. 21.060.678, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuada el día 26 de agosto de 1999, con fecha de efectividad el 1 de octubre del mismo año, así como el traslado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, efectuada el día 31 de enero de 2001, con fecha de efectividad el 1 de marzo del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora BLANCA INÉS ARDILA POVEDA identificada con cédula de ciudadanía No. 21.060.678, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCETO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante BLANCA INÉS ARDILA POVEDA identificada con cédula de ciudadanía No. 21-060-678, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima,

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 4 de noviembre de 1986, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante la señora BLANCA INÉS ARDILA POVEDA, identificada con cédula de ciudadanía No. 21.060.678, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000. Sin costas a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEPTIMO: Si no fuere apelado, CONSULTESE con el Superior. “

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la sentencia SL1421 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la cual se indicó que la decisión libre y voluntaria, que acompaña el acto de traslado de régimen pensional no se limita simplemente a la manifestación de la voluntad dado que debe ser ajustada a los parámetros de la libertad informada, no basta diligenciar un formato ni adherirse a una clausula genérica; lo importante es haber tenido los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión sobre los regímenes pensionales existentes, derecho que posee un afiliado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la demandante guardo silencio por más de 22 años hasta la reclamación administrativa respecto de la información que le fue a ella proporcionada por la AFP, lo que permite denotar un abandono respecto al asunto pensional, tal y

como se evidencia en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, sin que se encuentre coacción para efectuar el traslado de régimen pensional, concluyéndose de esta manera que el traslado de régimen pensional fue de manera libre y voluntaria; por otro lado, indicó que la parte actora faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera dada la naturaleza de la AFP, encontrándose que no se afectó ninguna garantía de derecho adquirido o expectativa legítima de pensionarse conforme lo precisa RPM.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque el fallo de primera instancia, al considerar que las sumas correspondientes a los gastos de administración que se ordenan en el presente asunto a trasladar tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP de tal suerte que dicha suma ya fue debidamente invertida en la forma exigida por la ley; indicó que de igual manera que las sumas destinadas al pago de seguro previsional no debe ser trasladado al régimen de prima media en la medida que durante el periodo de afiliación de la demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar a la afiliada el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte; concluyó que frente a los emolumentos indexados generaría una doble condena, en virtud de que también se condena al reintegro de los rendimientos.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección

Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

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

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

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

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

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

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

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

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

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

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

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

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

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

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

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

proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 26 de agosto de 1999.

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

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

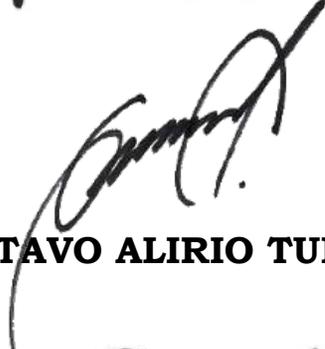
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de junio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

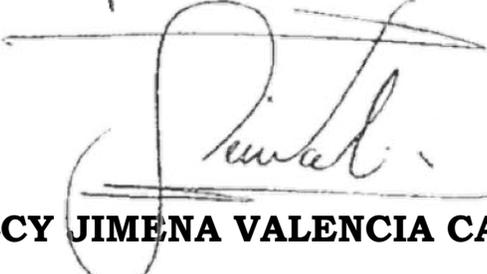
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MICHEL ENTONI
PARDO NOVOA CONTRA CONSTRUCTORA MONTECARLO
VIAS S.A.S. Y PROYETZA LTDA**

RADICADO: 11001 3105 021 2014 00870 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de febrero de 2022, en el que se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y Constructora Montecarlo Vías SAS hoy GAM Construcciones

S.A.S., en donde Proyetza S.A. actuó como simple intermediario, absolviendo de las demás pretensiones.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que en aplicación el principio de la primacía de la realidad sobre las formas se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Constructora Montecarlo Vías S.A.S., durante el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2011 y el 19 de abril de 2013, para el ejercicio del cargo de conductor doble troque y devengando como último salario la suma de \$850.000 más comisión del 8% del total de lo producido del vehículo, en consecuencia, se condenara a la constructora mencionada y solidariamente a Proyetza Ltda, al pago de los faltantes por salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al SGSS, dotación y caja de compensación familiar, a la indemnización por despido injusto, a las comisiones y horas extras no pagadas durante la relación laboral, a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y por no consignación de cesantías, a la indexación de las sumas, a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el último salario recibido ascendió a \$850.000 más comisión del 8% del producido total del vehículo antes de gastos (\$420.000 variable en promedio); que la comisión de calculaba conforme a la distancia recorrida y

material de cargue según tarifas dadas por la demandada, sin embargo, la misma no se incluía en el pago de nómina; que su horario era variable; que no le pagaron el salario con el incremento legal así como se redujo su parte variable del 8% al 6%; que las jornadas eran extensas de más de 12 horas y que se le debieron haber liquidado todas sus acreencias considerando el 8% que recibía según tarifa variable.

Igualmente, indicó que el 15 de abril de 2013, fue llamado a descargos por la Constructora Montecarlo Vías S.A.S.; que el 19 de abril de 2013, Proyetza Ltda le entregó terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa; que se le efectuó entrega parcial de liquidación, no obstante, se omitieron liquidar las acreencias con el salario más las comisiones del 8% y las horas extras laboradas (enero – abril 2013) y por el contrario se les desmejoraron las condiciones ya bajaron la comisión al 6% sin previo aviso; que no le incrementaron el salario en los meses de enero y febrero de 2013, a pesar que a sus compañeros sí; que respecto a la justa causa invocada para la terminación se omitió reconocer que el cese general de actividades se debió a la falta de pago de salarios, la disminución ilegal de la comisión, no pago de horas extra y del incremento salarial.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El curador ad litem de Proyetza Ltda., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos 17, 18 y 33 y refirió que no le constaban los hechos restantes. El fundamento fáctico y

legal de su oposición radicó en que desconocía las razones de modo y lugar en que se prestaron los servicios del demandante y que ello debía ser objeto del debate probatorio. Propuso la excepción de mérito que denominó: prescripción extintiva del derecho reclamado.

Mediante auto del 18 de mayo de 2017, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Constructora Montecarlo Vías S.A.S.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de febrero de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor Michel Entoni Pardo Novoa y Constructora Montecarlo Vías SAS, hoy Gam Construcciones SAS existió un contrato de trabajo entre el primero (01) de junio del dos mil once (2011) al diecinueve (19) de abril del dos mil trece (2013) de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que Proyetza SAS actuó como siempre intermediario en la relación laboral antes de declarada.

TERCERA: DECLARAR probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación y en consecuencia absolver a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandante a favor de Gam Construcciones SAS o antes Constructora Montecarlo Vías, líquídese por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada Gam Construcciones SAS, sin costas frente a Proyetza por encontrarse representado a través de curador ad litem.

QUINTO: En caso de no ser apelada esta decisión consúltese con el superior por ser adversa a los intereses de la parte demandante.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que atendiendo las pruebas allegadas y practicadas en el proceso podía colegirse la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la empresa Constructora Montecarlo Vías S.A.S. hoy Gam Construcciones S.A.S., siendo que era esta quien desplegaba el poder subordinante respecto del trabajador como lo adujeron los testigos e inclusive se advertía que tal empresa desplegaba el poder disciplinario siendo que fue quien adelantó la diligencia de descargos, señalando que tal relación se movió dentro de los siguientes extremos temporales 01/06/2011 – 19/04/2013, conforme podía concluirse del soporte documental allegado, asimismo, precisó que en razón de lo anterior la empresa Proyetza S.A.S., sería solidariamente responsable de las condenas que se pudieran imponer pues actuó como simple intermediario.

Acto seguido, se procedió a analizar cada uno de los pedimentos del demandante señalando respecto a las **comisiones**, que el actor en el interrogatorio de parte vertido indicó que el porcentaje de las comisiones estaba pactado por escrito y que se allegaría el respectivo acuerdo para establecer los parámetros que fijo el empleador para su reconocimiento, sin que con la sola manifestación de los testigos sobre el particular pudieran establecerse las cuantificaciones además que el material probatorio allegado era insuficiente para ello, en tanto que se desconocía el porcentaje y la forma en que se habían pactado.

Tratándose de la **reliquidación de las prestaciones sociales y** vacaciones por la ausencia del pago insoluto, indicó que se requería acreditar el valor que le fue cancelado por la empresa para poder determinar que no se tuvo en cuenta el valor pagando de las comisiones, especialmente cuando en el interrogatorio se confesó que el empleador le había pagado primas, cesantías e intereses, razones por las que con fundamento en lo expuesto en la sentencia SL4477-2018 concluyó que no era procedente el reajuste reclamado.

Ante el **aumento de salario**, puntualizó que no existe norma que disponga el reajuste anual de salarios cuyo monto sea superior al SMMLV conforme a lo expuesto en sentencia de Rad. No. 56518 de 2019, por lo que no existía obligación alguna para el empleador. En cuanto a la causación de **horas extras** se mencionó que no se cumplieron los presupuestos para su reconocimiento puesto que no se determinaron las horas extras laboradas por el actor ni se acreditó su horario laboral, lo que impedía establecer que laboró en tiempo suplementario.

Finalmente, respecto a la **indemnización por despido injusto**, señaló que de las pruebas practicadas se colegía que el actor en efecto cesó sus labores a razón a la imposición de un nuevo horario y la reclamación de pago de comisiones y horas extras, conforme se colegía de los testimonios, aspectos que en todo caso no se acreditaron respecto del actor, en ese orden debía tenerse en cuenta que la cesación de las actividades no giró en torno a los ingresos básicos o mínimos

de los trabajadores, por lo que debieron accionarse los mecanismos judiciales o extrajudiciales pertinentes para reclamar tales peticiones laborales y suspender de manera intempestiva las actividades para las cuales fue contratado el actor, en consecuencia, se configuraba justa causa para dar por terminado el contrato.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

El apoderado de la parte actora adujo que se encontraba conforme con la decisión en relación con la fecha de los extremos temporales, aludiendo que el mismo soporte probatorio que sirvió de base para determinar el salario inicial permitía determinar el salario variable, lo que además se respaldaba por los testigos y lo expresado en el interrogatorio del demandante puntualizando que aunque estos no pudieran dar un valor preciso si podía colegirse de la prueba documental y de los efectos de no haber tenido por contestada la demanda, especialmente cuando en este asunto fue acreditada la prestación personal del servicio y la presunción de existencia de un contrato de trabajo con la misma por lo que era al empleador a quien le correspondía la carga de desvirtuar los demás elementos que ya aparecían acreditados como lo era la contraprestación, solicitando así que se accediera al pago de la reliquidación de las acreencias

laborales y de las indemnización moratorias de que trata el artículo 65 del C.S.T. y del art. 99 de la Ley 50 de 1990.

En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, adujo que el actor explicó que 8 días antes de los descargos, el carro le había sido detenido por el señor Julio Díaz por lo que no fue por decisión propia, adicionalmente alude que le estaban reprochando únicamente 2 días, en los cuales el mismo estaba manifestando que no había recibido pago sin que estuviera acreditada cual fue la situación ocurrida, si se presentó o no a trabajar y si tuvo carga o no, siendo esto una obligación de la constructora Montecarlo Vías S.A.S. hoy Gam Construcciones, destacando además que tales protestas no acaecieron únicamente por el actor sino por todos los trabajadores ante la falta de pago de las prestaciones sociales insolutas sin que estuviera demostrado que la empresa hubiere pagado la liquidación.

El apoderado de la Constructora Montecarlo Vías S.A.S, solicitó la revocatoria de la decisión en lo correspondiente a la declaratoria de la existencia de una relación laboral con la constructora y que Proyetza fue un simple intermediario, siendo que la documental daba cuenta que era Proyetza el empleador, aspecto que conformaron los testigos al señalar que fueron contratados por tal empresa debiendo tener en cuenta que dentro de las libertad de configuración contractual y comercial, las empresas podían generar esquemas de colaboración sin que esto implicara que hubiere una relación laboral, tal era el caso de lo ocurrido en este asunto,

especialmente cuando quien evaluó y aplicó la sanción disciplinaria fue Proyetza.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el valor de la remuneración recibida por concepto de comisiones y en caso afirmativo las acreencias reclamadas, asimismo, se analizar si en este asunto se configuró un despido injusto que deba ser indemnizado.

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar

con hechos contrarios a los presumidos que la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que al margen de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica: Entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

En ese sentido, es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

En cuanto a la prestación personal del servicio del actor en favor de la Constructora Montecarlo y Vías S.A.S, como

conductor de volqueta según se desprende de lo indicado en el testimonio rendido por los señores Félix Alberto Baquero y Luis Alberto López Castillo, quienes mencionaron haber sido compañeros de trabajo del actor, dieron cuenta que las ordenes relacionadas con el tiempo, modo y cantidad de trabajo eran suministradas por la Constructora Montecarlo y era a tal empresa a quien se direccionaban para presentar excusas y quien imponía llamados de atención, a pesar que quien figuraba en los documentos era Proyetza, lo anterior, encuentra soporte con lo registrado en el acta de descargos efectuada el 15 de abril de 2013, siendo que quien adelantó tal diligencia fue la constructora Montecarlo, adoptándose la decisión de la terminación del contrato con fundamento en lo expuesto en aquella.

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto encontró probada la existencia de un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2011 y el 19 de abril de 2013, dado que los extremos indicados no fueron objeto de cuestionamiento y no fue posible acreditar que se tratara de un servicio prestado en favor de Proyetza Ltda. o de forma autónoma o independiente por el actor, pues tanto el poder de direccionamiento de la actividad laboral como la potestad disciplinaria para mantener el orden y la disciplina fueron desplegados por la Constructora Montecarlo Vías S.A.S., adicionalmente, no puede pasar desapercibido que la carta de terminación del contrato fue suscrita por Proyetza Ltda, dando apariencia de una relación laboral entre tal empresa y el actor, no obstante,

dado lo aquí expuesto se colige que su actuar se enmarca dentro de la figura de simple intermediario en los términos expuestos en el artículo 35 del C.S.T., en consecuencia, al no haberse declarado tal cualidad deberá responder solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas como se determinó por el a quo.

En lo que respecta a la remuneración variable relacionada *–comisiones–*, no puede pasarse por alto que el actor en su interrogatorio de parte aludió que la comisión se había pactado por escrito, no obstante, no se aportó al proceso tal soporte, desconociéndose así los parámetros para su causación, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que ello tampoco es factible colegirlo de lo expuesto por los testigos siendo que al tratarse de un factor variable sujeto a condicionamiento ello debía quedar debidamente acreditado (% - distancia recorrida – material transportado- producido del vehículo) sin que sea factible para ello establecer o tener una cifra promedio, nótese como incluso ello tampoco es posible colegirlo de los soportes que se tuvieron en cuenta para determinar el extremo inicial de la relación laboral siendo que allí no se discriminan los valores recibidos ni es posible establecer quien efectuó tales pagos o abonos, razones por las cuales habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Finalmente, respecto a la indemnización por despido injusto, debe tenerse en cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la

justa causa en que se apoyó esa decisión y que para exonerarse de la indemnización proveniente de la terminación del contrato se debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

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

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

De igual forma, debe tenerse en cuenta que tratándose de despidos la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-449 de 2020, estableció la garantía denominada *-Respeto debido en la relación laboral-*, que consiste en el derecho que tiene el trabajador de ser escuchado antes que se decida terminar el contrato por cualquiera de las causales de terminación por justa causa, garantía que se contempló en los siguientes términos:

“(…)

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

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

En esa medida y dado que se cumplió con la garantía de respeto debido en la relación laboral, según se desprende del acta de descargos visible a fl. 11 del cuaderno No. 1, se procede a analizar lo expuesto en la carta de terminación del contrato de trabajo:



Bogotá DC, 19 de abril de 2013

Señor
MICHEL PARDO NOVOA
PROYETZA
 Conductor

REF: Terminación Unilateral De Contrato De Trabajo Con Justa Causa.

Respetado (a) trabajador (a).

La gerencia de la empresa ha decidido dar por terminado su contrato individual de trabajo, de conformidad con lo regulado en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, Reglamento Interno de Trabajo y contrato individual, previas las siguientes consideraciones.

HECHOS DE LA TERMINACIÓN

- El trabajador promovió y participó en cese de actividades laborales los días once (11) y doce (12) de abril de dos mil trece (2013).

CAUSALES APLICABLES

Artículo 60 CST está prohibido a los trabajadores: "Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo y excitar a su declaración o mantenerse, sea que participe o no en ellas."

Artículo 62 CST literal 5: "Son causales para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: a) por parte del empleador: Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."

DE LOS DESCARGOS

A efectos de garantizar el debido proceso el (la) trabajador (a) fue llamado (a) a rendir descargos el quince (15) de abril de dos mil trece (2013) de los cuales se puede extraer que:

- Aceptó que se presentó en la sede de la empresa los días once (11) y doce (12) de abril de dos mil trece (2013) pero que no trabajó por una orden dada por jefe inmediato.

- Acepta que a esa fecha no le habían retirado las llaves del vehículo ni se le había entregado carta de despido de la empresa.
- Entiende que el cese de actividades es una falta grave constitutiva de justa causa de terminación de contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

De conformidad con la legislación laboral vigente es justa causal de terminación del contrato de trabajo que el trabajador viole sus deberes y prohibiciones contenidas en reglamentos y contrato de trabajo, para el caso que el (la) trabajador (a) llevó a cabo una conducta expresamente prohibida por la legislación laboral colombiana.

El trabajador argumenta que no trabajó bajo el entendido que su jefe directo lo había despedido, más sin embargo no tiene carta de despido ni le fueron retiradas las llaves del vehículo. Por esta razón la excusa no es de recibo ya que no había sido desvinculado de su cargo y seguían en pleno rigor las obligaciones contractuales.

Así las cosas el cese de actividades no ha sido excusado y debe ser reprochado pues fue un mal ejemplo para los demás compañeros, configurándose acto objetivo de cese de actividad, participación en el cese y promoción de este.

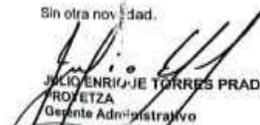
Por las razones atrás expuestas se tomará la decisión de terminar el contrato individual de trabajo con justa causa.

DECISIÓN

Se decide terminar el contrato individual de trabajo del (de la) señor (a) **MICHEL PARDO NOVOA** a partir de la fecha, advirtiéndole que la liquidación final de prestaciones sociales y salarios adeudados le será entregada en la sede de la empresa una vez presente totalmente diligenciado el paz y salvo correspondiente.

Junto con la presente carta se le entrega orden de examen médico de egreso y comprobantes de pago de aportes al sistema general de seguridad social y de parafiscalidad de los últimos 3 meses de relación laboral.

Sin otra novedad.


JULIO ENRIQUE TORRES PRADO
PROYETZA
 Gerente Administrativo
 c.c. Hoja de vida

De lo expuesto en la carta, se concluye que la decisión de terminar el contrato de trabajo se fundamentó en que el trabajador promovió y participó en cese de actividades, enfatizando en que si bien el actor reconoció que en tales días se presentó en la empresa este no trabajó por una orden dada por su jefe inmediato, sin embargo, la empresa no encontró tal argumento como una situación justificativa dado que no se le habían retirado las llaves del vehículo ni se le había entregado carta de despido.

Descendiendo en el análisis, se tiene que como documental relevante obra el acta de descargos absuelta por el demandante el 15 de abril de 2013, de la cual se traen a colación los siguientes apartes:

“(…)

PREGUNTADO: Sírvase indicar las razones por las cuales suspendió su ritmo de trabajo el pasado jueves once (11) y viernes doce (12) de abril de dos mil trece (2013)

RESPONDIDO: Yo paré las labores por que el ingeniero Julio Diaz me paró el carro, hace ocho (08) días, entonces tenía el carro parado, yo vine el jueves y el viernes a trabajar pero tenía el carro detenido. El carro lo pararon por que el ingeniero Julio me estaba imponiendo un horario el día sábado hasta las 4 PM y entre semana de 6 AM a 6 PM, éntonces yo le contesté al ingeniero que si el me pagaba lo que me debe de unas comisiones atrasadas y me pagaba mis horas extras con muchísimo gusto le trabajaba, porque en mi contrato dice de lunes a viernes de 7 AM a 5 PM y el sábado de 7 AM a 10 AM. El ingeniero me contestó que si no trabajaba de ese modo parara el carro que él me echaba y me indemnizaba. Por eso está el carro parado.

P: ¿Le retiraron las llaves del carro?

R: No señor. Inclusive hasta hoy lo acabé de entregar.

P: ¿Recibió carta formal de despido en las condiciones que señaló atrás?

R: No. Por eso estoy cumpliendo horario, por que no me han definido si me quedo o me voy.

P: ¿Le asignaron transporte de material o rutas entre el jueves y viernes que pasó?

R: No por que el ingeniero dio la orden de que no podía salir a trabajar.

P: ¿Si no le quitaron llaves del vehículo, ni le pasaron carta de despido por que no siguió trabajando normalmente?

R: Por que primero está la orden del ingeniero y yo la estaba obedeciendo.

P: ¿Ha puesto esta situación del horario y pago de horas extras en conocimiento de alguna autoridad de la empresa?

R: Si, ante el mismo ingeniero Julio Diaz.

1/2

(…)”

Como se observa, en tal diligencia el actor reconoció que en los días cuestionados acudió al trabajo, pero no prestó con normalidad sus servicios ya que tenía el carro parado desde hacía 8 días por orden del ingeniero Julio Díaz, situación que acaeció ante reclamaciones por el cambio de horario, no pago de comisiones y de horas extras, señalándose por el ingeniero que si no se trabaja de la forma indicada que parara el carro, lo despedía e indemnizaba.

Ahora bien, de lo expuesto en el testimonio rendido por el señor Luis Alberto López Castillo, se colige que el cese de actividades obedeció a la mora en el pago de los porcentajes de sus viajes “comisiones” que se les adeudaban a los trabajadores, que el actor participó del mismo e incluso mencionó que el señor Pardo Novoa estuvo esos días en las oficinas administrativas en Sylvania efectuando el reclamo y que los vehículos se quedaron en la obra.

En esa medida y dado que en este asunto no se acreditó la causación de los derechos que suscitaron el cese de actividades o que hubiese obedecido a una orden de un superior, se tiene que se presentó un cese de actividades o un paro de labores como se señaló por el mismo actor, en consecuencia, al estar probado el mismo se tiene que tal conducta se enmarca en la prohibición contemplada en el numeral 5 del artículo 60 del C.S.T., que señala *“Disminuir intencionalmente el ritmo de ejecución del trabajo, suspender labores, promover suspensiones intempestivas del trabajo o*

excitar a su declaración o mantenimiento, sea que participe o nó en ellas.”.

Adicionalmente, es evidente la gravedad que acarrea un cese de actividades y/o paro de labores para una empresa no solo en cuanto a asuntos económicos sino de incumplimientos en los avances de obra o compromisos adquiridos por lo que la conducta desplegada por el demandante se encasilla dentro de la justa causa contemplada en el numeral 6 del literal A del artículo 62 del C.S.T. (Modif. artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965.) y por tanto se confirmara la decisión de primera instancia.

Sin condena en costas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

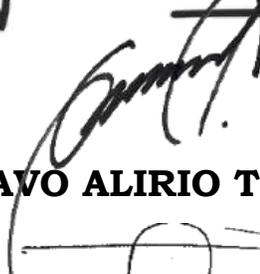
SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

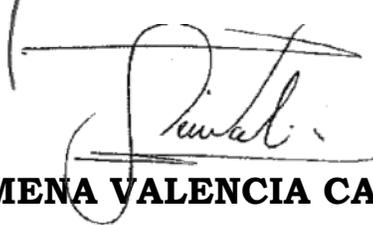
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO NOHORA DEL PILAR ROMERO CAICEDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 024 2021 00291 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de septiembre de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes demandadas Porvenir y Colpensiones presentaron alegatos, en los que se reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los valores que hubiere recibido desde julio de 2007, junto con los bonos pensionales, sumas adicionales que se hayan podido causar con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 14 de diciembre de 1956; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales un total de 335.29 semanas desde el 24 de octubre de 1989 hasta el mes de julio de 2018; que el 23 de julio de 2007, se trasladó a Protección S.A., sin que dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria respecto al traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que, si bien desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó acabo la asesoría, no es menos cierto que la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, 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 de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

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

Porvenir S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante el 16 de abril de 1996, se efectuó después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones características y funcionamiento del RAIS de conformidad con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de septiembre de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la señora NOHORA PILAR ROMERO CAICEDO al régimen de ahorro individual con

solidaridad (RAIS) a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., que se hizo afectiva el 1 de junio de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que, para todos los efectos legales, la señora NOHORA PILAR ROMERO CAICEDO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), contrario a ello, siempre estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD)

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NOHORA PILAR ROMERO CAICEDO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía y pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, conforma lo expuesta en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, lo que haya deducido de los aportes a pensión efectuados por la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados, conforme a lo motivo.

QUINTO: SIN CONDENAS a costas

SEXTO: En el evento en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente decisión, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior”

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., Interpuso recurso de apelación parcial y solicito que se revoque el numeral cuarto del fallo preferido respecto de la condena impuesta a la AFP relacionada con que se reintegre a Colpensiones los gastos de administración, las comisiones y demás emolumentos de la cuenta de ahorro individual de la demandante debido a que durante el tiempo en que la AFP administró su cuenta, le generó unos rendimientos financieros que fueron trasladados en su momento a Protección junto con el capital que la accionante tenía ahorrado, teniendo en cuenta que si la demandante hubiese permanecido afiliada al RPM, en este fondo, también se le hubiesen hecho unos descuentos relativos a la pensión de invalidez, sobrevivientes y porcentaje por gastos de administración; lo que significa que si se ordena que se retorne a Colpensiones dichas sumas y adicionalmente indexadas; generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, afectando gravemente el patrimonio de Porvenir. Finalmente concluyó que en caso de que no se acceda a lo solicitado se ordene el reintegro de dichos emolumentos, pero no de manera indexada, en virtud de que con el traslado de los rendimientos financieros se estaría compensando algún tipo de detrimento.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la entidad en un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado, en virtud de que la demandante se trasladó de régimen pensional con Porvenir en el año de 1996, la cual se efectuó de manera libre, consciente y voluntaria, prueba de ello es la suscripción del formulario de afiliación, en donde se encuentra preimpresa la manifestación de la demandante de haber recibido por parte del promotor de la AFP la información necesaria sobre los beneficios, ventajas, consecuencias e

implicaciones de trasladarse de régimen pensional, sin que hubiese tachado de falso; por otro lado, señaló que la parte actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal; señaló que debe analizarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante decidió trasladarse de régimen pensional, dado que se cumplió con el deber de información.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

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

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

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 23 de julio de 2007.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las

sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de septiembre de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

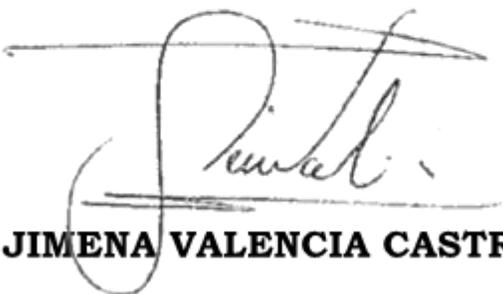
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORA PATRICIA RINCON ALBARRACIN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 035 2022 00051 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Lilian Patricia Garcia Gonzalez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.199.648 y tarjeta profesional No. 187.952 del Consejo Superior de la Judicatura como

apoderada de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de febrero de 2023, en donde se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas.

El recurso tiene por objeto que se revoque la decisión y en su lugar se acceda a las pretensiones reclamadas.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad del traslado realizado al RAIS con Colmena S.A. por no existir consentimiento informado, en consecuencia, se ordene el traslado de todos los aportes pensionales con sus rendimientos por Porvenir S.A. y sean acreditados como semanas aportadas, que se proceda a activar su afiliación y actualización de la historia laboral por

Colpensiones, a las costas y agencias en derecho y a lo que resulte ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que efectuaba aportes al liquidado ISS, antes de que sin su autorización le efectuaran el cambio de régimen pensional; que el 10 de marzo del año 2000, se cambió al RAIS con Colmena; que para la fecha del cambio de régimen se encontraba fuera del país por lo que no firmó el formulario de afiliación y que respecto al cambio de régimen pensional nunca recibió asesoría previa ni posterior a la radicación del formulario de afiliación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, negó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que las pretensiones iban dirigidas a un tercero por lo que no le era dable pronunciarse, no obstante, alude que a la parte actora le aplicaba la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente, adujo que el traslado desde el RPM al RAIS se efectuó con ING, hoy en día protección S.A. en el año 2002, como constaba en el certificado de Asofondos y que con posterioridad la parte actora se vinculó de manera horizontal a la AFP Porvenir, en el año 2021. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó parcialmente algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó que dentro del expediente no obraba prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidenciaba dentro de las solicitudes nota de protesto y tampoco se cumplían con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional. Propuso entre otras excepciones las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, ratificación de permanencia en el RAIS, descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, no procedencia de pago de costas.

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que se estaba frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos, que el monto de la pensión en el RAIS el legislador la ligó a situaciones económicas o financieras y cambios normativos como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010 y la Resolución 3099 de 2015, por lo que no se podía afirmar que había aun engaño y solicitar la nulidad o ineficacia del traslado. Propuso entre otras las

excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante DORA PATRICIA RINCÓN ALBARRACÍN

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante DORA PATRICIA RINCÓN ALBARRACÍN, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000 para cada una de las demandadas, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

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

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que de las pruebas allegadas no era factible colegir que la demandante hubiera estado afiliada al RPM, pues no obraba ninguna prueba que soportara tal afirmación, al respecto trajo a colación lo expuesto por la C.S.J., S.C.L, en sentencia STL599-2021, que establecía que para que se surtiera un traslado de régimen pensional, obligatoriamente el afiliado tenía que estar afiliado con anterioridad a la entrada en vigencia del SGSS creado por la Ley 100 de 1993, en tal sentido no había lugar a analizar las implicaciones del traslado pues lo que hubo fue una selección inicial, asimismo, indicó que tampoco era factible declarar la inexistencia del acto jurídico de la afiliación como quiera que la demandante, desde el inicio de su vida laboral, decidió escoger el régimen de ahorro individual, luego el fondo privado en su momento explicó lo concerniente al régimen que administraba, sin que

fuera posible explicar si convenía quedarse en un régimen distinto.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con la decisión por cuanto se contaba con el extracto de Porvenir S.A. del que se evidenciaba que la actora contaba con 103 semanas cotizadas en el ISS, e incluso en el último extracto que se remitió por Porvenir figuran 109 semanas, por lo que la demandante si aportó al seguro social y por tanto si existía un cambio de régimen pensional, aludiendo además que si tenía como válido el formulario que aparece como vinculación inicial era clara la falta de asesoría por la persona que firmó el formulario ya que incluso no se suscribió como traslado y ello tampoco acaeció cuando la actora firmó el formulario del año 2002.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de

reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A,

en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

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

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

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

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

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aclarado lo anterior, se procedió a analizar el soporte probatorio, encontrando como documentales relevantes los siguientes documentos:

- Certificado expedido por Asofondos:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 7:53:23 AM
 Afiliado: CC 51612253 [Ver detalle](#)

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de actividad	Fecha fin de actividad
Vinculación inicial	2002-07-18	2004/04/16	ING			2002-07-18	2012-12-30
Cesión por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION ING			2012-12-31	2021-08-31
Traslado de AFP	2021-07-28	2021/07/28	PORVENIR	PROTECCION		2021-09-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
2002-07-18	2002-08-26	01	Un item encontrado.	ING	

Imprimir | Regresar

- Historia Laboral consolidada expedida por Porvenir S.A.

Nombre Afiliado: Dora Rincón | Tipo y número documento: CC 51.612.253 | Fecha de actualización de información:

A Semanas cotizadas en las Entidades Públicas

Tipo	N° identificación	Razón Social de Empleador	Periodo Inicio	Periodo Fin	Seg. Cotiz.	Cotas de aporte
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/02/2002	20/02/2003	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/04/2002	30/04/2003	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/05/2002	30/05/2003	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/06/2002	30/06/2003	00	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/07/02	30/07/03	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/08/2002	30/08/2003	00	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/09/2002	30/09/2003	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/10/2002	30/10/2003	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/11/2002	30/11/2003	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/12/2002	30/12/2003	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/01/2001	24/01/2001	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/02/2001	24/02/2001	00	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/03/2001	24/03/2001	00	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/04/2001	24/04/2001	00	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/05/2001	24/05/2001	00	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/06/2001	24/06/2001	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/07/2001	24/07/2001	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/08/2001	24/08/2001	30	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/09/2001	24/09/2001	29	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/10/2001	24/10/2001	29	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/11/2001	24/11/2001	29	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/12/2001	24/12/2001	29	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/01/2002	24/01/2002	29	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/02/2002	24/02/2002	29	00
M	83005024	MILANO IMPORTACIONES LTDA	21/03/2002	24/03/2002	00	00

Totales de semanas cotizadas: 119

Cómo se advierte aunque la historia laboral expedida da cuenta de unas semanas cotizadas en entidades públicas, ello no es consecuente con la razón social registrada del empleador “MILENIO IMPORTACIONES LTDA” ni permite establecer la afiliación con alguna caja del RPM, debiendo en este punto indicarse que de ello tampoco da cuenta el certificado de Asofondos allegado, en el que por el contrario se registra como vinculación inicial la efectuada el 18 de julio de 2002 con ING, aspecto que se confirma con el formulario de vinculación suscrito en la fecha por la actora a Pensiones y Cesantías Santander.

En ese orden y a pesar que las AFP están obligadas a cumplir con el deber de información en los términos contemplados en el precedente jurisprudencial, esto es que la información fuera clara, cierta, comprensible, oportuna y completa, lo cierto es que no resulta posible acudir a la figura de la ineficacia del traslado, ya que nos encontramos con un escenario diferente, porque la actora nunca hizo parte del sistema pensional antes de haberse vinculado al RAIS, situación que encuentra precedente en sentencias como la SL4211-2021y SL1806-2022, expedidas por la Sala de Descongestión Laboral².

²Extracto sentencia SL1806-2022: “La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

En relación con la situación aquí planteada, es pertinente traer a colación la sentencia STL3634-2021 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que señaló lo siguiente:

“(…)

Pues bien, analizada la sentencia reprochada advierte la Sala que el sentenciador de segundo grado, indicó que la vinculación del accionante a Colfondos S.A. no obedeció a un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, en realidad, lo que ocurrió fue un acto de afiliación inicial al referido ente de seguridad social. De ahí, precisó que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha edificado la teoría de la información documentada exclusivamente en los asuntos donde se pretenda la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS. En tal sentido, el ad quem adujo que como quiera que la parte actora realizó su afiliación inicial a la citada AFP el 6 de noviembre de 1999, no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues tampoco acreditó algún perjuicio en su derecho o expectativa pensional. De lo antedicho no se extraen definiciones que contraríen el precedente judicial, toda vez que, en aquellas oportunidades, el problema jurídico se desató respecto al traslado de régimen pensional de personas que tenían la calidad de afiliados al RPMPD y se trasladaron al RAIS, circunstancia que no se evidencia en este asunto pues, se reitera la afiliación inicial al sistema del actor tuvo lugar el 6 de noviembre de 1999. En tal virtud, se advierte que la decisión proferida el 11 de diciembre de 2020 por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería es razonable, en la medida que no es posible endilgarle un desconocimiento del precedente. De modo que en este asunto no se estructura ninguna de las causales que excepcionalmente autorizan la intervención del juez de tutela en la órbita del juez natural, pues este último ejerció adecuadamente su labor de administrar justicia, sin incurrir en errores protuberantes que ameriten la adopción de las medidas urgentes que se solicitaron. Las anteriores consideraciones resultan suficientes para negar el resguardo deprecado.”

Bajo las anteriores premisas se procederá a confirmar la decisión del a quo.

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

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

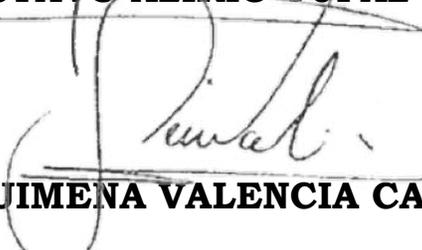
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BELLANIDTH
GARCÍA VÁSQUEZ CONTRA FRANCISCO ACERO MEDINA
Y ADRIANA ASTRID MOGOLLÓN MUÑOZ.**

RADICADO: 11001 3105 036 2018 00163 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de febrero de 2022, en el que se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas.

El recurso tiene por objeto la revocatoria de la decisión y en su lugar se acceda a las pretensiones.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de la parte actora.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes durante el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 2017 y el 15 de febrero de 2018, así como, que tal contrato culminó por renuncia motivada y que el salario devengado estaba compuesto por el básico, promedio de comisiones y horas extra, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de comisiones por ventas de los meses enero y febrero de 2018, la primera quincena de febrero de 2018, al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al SGSS, y dotación de diferentes periodos, a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a la indemnización moratoria de que trata el art. 99 L. 50 de 1990, a la indexación de las sumas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que laboró en forma continua para sus empleadores desde el 2 de febrero de 2017 hasta el día 15 de febrero de 2018; que se desempeñó como vendedora en el establecimiento de comercio urbano new style; que el salario

básico mensual recibido fue la suma de \$800.000 más comisiones mensuales de \$450.000 para un total de \$1.250.000; que laboraba de lunes a domingo de 9:00 a 1:00 pm y de 2:00 pm a 9:00 pm con un día de descanso entre semana; que presentó renuncia motivada el día 15 de febrero de 2015, con sustento en el incumplimiento de pagar el salario pactado, comisiones, no cancelar las acreencias laborales debidas y que como la carta no fue recibida por el señor Francisco se remitió por correo certificado siendo devuelta, por lo que debió remitirla por WhatsApp.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La curadora ad litem de los señores Francisco Acero Medina y Adriana Astrid Mogollón Muñoz, contestó oponiéndose a las pretensiones limitándose a lo que resultara debidamente probado en el proceso. Propuso la excepción que denominó cobro de lo no debido.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de febrero de 2022, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a FRANCISCO ACERO MEDINA y ADRIANA ASTRID MOGOLLÓN MUÑOZ, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora BELLANIDT GARCÍA VASQUEZ.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido.

TERCERA: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en caso de no ser objeto del recurso de apelación”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que atendiendo las confesiones realizadas por los demandados en los interrogatorios de parte absueltos resultaba factible concluir que existió un vínculo laboral por lo menos entre la actora y el señor Acero Medina, quien reconoció que fue la persona que contrató los servicios de vendedora, no obstante, no podía pasarse por alto lo establecido en la jurisprudencia relativo a que al trabajador no solo le incumbía acreditar la prestación personal del servicio sino también la fecha de inicio y finalización del vínculo laboral, no obstante, no obraba dentro del plenario ningún medio probatorio que diera certeza de ello, en esa medida como la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le asistía habría de absolverse a los demandados de todos y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, lo siguiente:

“Su señoría no estando conforme con la decisión tomada por el despacho me rehúso al fallo que se está promulgando de absolver al señor Francisco Acero en el pago de las prestaciones sociales de mi representada toda vez que él mismo reconoce que las eludió, segundo él admite que ella fue su empleada y cómo podemos ver ella prestó los servicios dentro del mismo establecimiento del cual él era propietario.”

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y en caso afirmativo resultaban procedentes las acreencias e indemnizaciones reclamadas.

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar con hechos contrarios a los presumidos que la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que al margen de la denominación que hagan las partes respecto del

mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica: Entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

En ese sentido, es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

En cuanto a la prestación personal de los servicios de la actora se tiene que los mismos se encontraron acreditados como vendedora en favor del señor Luis Francisco Acero Medina, principalmente derivados de los reconocimientos efectuados por los demandados en los interrogatorios de parte absueltos, advirtiéndose que el señor Acero Medina, aceptó que fue quien contrató a la actora, adujo que era quien le pagaba el salario (el cual ascendía a un poco más del SMMLV más o menos \$1.050.000) y en tal diligencia el mismo también

reconoció que no afilió ni pagó aportes al SGSS, ni pagó cesantías.

Ahora bien, a pesar de lo anterior no puede pasarse por alto que la parte actora además de la prestación personal del servicio debe cumplir con unas cargas probatorias mínimas entre las que se encuentran los extremos temporales en los que transcurrió la relación laboral, sobre el particular resulta pertinente traer a colación lo expuesto por nuestro órgano de cierre en sentencia SL3126-2021, en donde señaló:

“(...)

Por último, debe destacarse que para configurar la existencia de un contrato de trabajo no es indispensable la demostración plena de los tres elementos denominados esenciales en el referido artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Pensarlo así haría nugatoria la presunción legal del artículo 24 ibídem, conforme a la cual basta la demostración efectiva de la prestación personal del servicio para que el contrato de trabajo se presuma, sin que se requiera prueba apta de la subordinación pues una vez aquella opera le corresponde a la contraparte desvirtuarla.

Situación diferente es que para impartir condena en concreto las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden. Así, aún con la activación judicial de la referida presunción legal y sin que la misma se desvirtúe, ello no releva que en el proceso se acrediten otros supuestos trascendentales para la prosperidad del reclamo, como los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo suplementario si se alega, y demás hechos que se enarbolan como causa de las pretensiones demandadas (CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167).

(...)”.

Como se advierte, se tiene que para poder emitir condena aun a pesar de estar amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., se requiere cumplir con unas cargas probatorias mínimas entre las que se encuentra acreditar los extremos de la relación laboral, jornada, salario, trabajo en tiempo suplementario, entre otras, para poder obtener la prosperidad de lo reclamado.

En esa medida y dado que la negativa a acceder a las pretensiones obedeció a que la demandante no cumplió con la carga probatoria que le asistía de acreditar los extremos de la relación laboral, los cuales permitieran efectuar la liquidación de las acreencias, aportes al SGSS y sanciones, resulta evidente que los argumentos expuestos en el recurso no atacan el fundamento de la decisión, razones por las que habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

Sin condena en costas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de febrero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

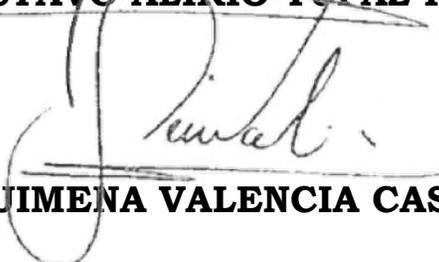
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MAURICIO HERNAN ECHEVERRY PERICO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A y la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A

RADICADO: 110013105 038 2022 00356 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

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

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que se reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia y/o la nulidad de la afiliación que realizó a Skandia S.A y Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Skandia trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones trasladar todas las sumas de dinero que se encuentran en la cuenta de ahorro individual.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 25 de marzo de 1960; que se afilió en 1981 al Instituto de los Seguros Sociales; que cotizó un total de 120 semanas; que se trasladó en el mes de agosto 1994 a Porvenir S.A; posteriormente en el mes de marzo del 2011 se trasladó a Skandia, sin que dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual se constata que la afiliación válida se encuentra vigente en el RAIS. Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, genérica, no procedencia de pago de costas.

Porvenir S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

Skandia S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante venia de otros fondos y por ende tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes del régimen. Propuso las excepciones de Skandia no participio en el momento de la selección de régimen, la asesoría brindada fue clara, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen, configuración de reintegro de prima de seguro previsional, compensación, prescripción, buena fe y la genérica.

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual ni se opuso ni se allano a las pretensiones de la demanda, señaló que se tiene como sujetos pasivos de la relación material debatida a las AFP demandante, por lo tanto, le corresponde a ellas efectuar pronunciamiento del caso. Propuso las excepciones de las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de autonomía de la voluntad, reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de septiembre de 2023, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor MAURICIO HERNÁN ECHEVERRY PERICO con destino a la AFP PORVENIR S.A con ocasión de suscripción de formulario de afiliación el 07 DE JULIO DE 1994. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA S.A que conjunta y coordinadamente, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación del demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES y a trasladar con destino a este régimen los recursos integralmente percibidos por cuenta del demandante con destino al RAIS durante el tiempo que permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiéndose transferir los respectivos recursos debidamente indexados en la forma señalada en la parte motiva de esta sentencia Cabe anotar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, el saldo que resulte insoluto se pagará con cargo a recursos propios de cada una de las AFP SKANDIA y PORVENIR S.A en proporción al tiempo en que el accionante estuvo afiliado a estas administradoras, sin lugar a descuento de naturaleza alguna. Lo anterior, en la forma anotada en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones.

TERCERO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, de las pretensiones formuladas en el llamamiento por parte de la AFP SKANDIA S.A

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y frente a la absolución que procede respecto de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas por la llamada en garantía

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES y de SKANDIA. En el marco del llamamiento, las costas serán a cargo de SKANDIA y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. En consecuencia, en firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor de MAPFRE.

SEXTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha señalado que en caso de que no se acredite que se le suministro la información al afiliado de manera automática se realiza la declaratoria de ineficacia al margen de que existan o no

vicios en el consentimiento, en consecuencia, acatando dicho criterio jurisprudencial declarara la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en lo que tiene que ver con el traslado de gastos de administración y primas de los seguros previsionales de manera indexada, toda vez que la AFP realiza tales descuentos en cumplimiento a mandatos legales, los cuales se realizaron a cabalidad; resaltó que dichos descuentos también se hubieran causado en el RPM, los cuales aclara no afectan el reconocimiento pensional, pues si los efectos de la ineficacia del traslado supone devolver las cosas a su estado inicial, no se estaría en la obligación de trasladar rendimientos propios del régimen de ahorro individual que nunca se causarían en el RPM.

La apoderada de Skandia interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo referencia a la condena del traslado de gastos de administración y primas de seguros previsionales de manera indexada, al considerar que de conformidad con el artículo 113 del literal b de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 3995 de 2008, se indica cuáles son los dineros que deben devolverse ante el cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta y lo rendimiento, sin especificar tales emolumentos; refirió que los gastos de administración se encuentran contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, destinados a la correcta y eficiente administración de la cuenta de ahorro del demandante, que ha generado rendimientos, así como también la sumas previsionales fueron canceladas a un tercero; por otro lado indicó que en caso de que se confirme la decisión se tenga en cuenta que respecto a

la indexación existen pronunciamientos por parte del Tribunal de Cali que manifiesta que en este tipo de juicios no opera la misma, en virtud de que con los rendimientos se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque el fallo de primera instancia, al considerar que de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política se estableció la presunción de buena fe y en el presente asunto se alega por parte del demandante que la AFP a través de asesores no le brindaron la información suficiente, al respecto resaltó que se impone una carga procesal a los fondos privados, no obstante, no debe desconocerse el vínculo contractual generado a partir de afiliación, lo que generó obligaciones recíprocas tal y como establece el artículo 1495 del Código Civil; aclaró que debe tenerse en cuenta la permanencia del RAIS por parte del demandante que evidencia con claridad que aceptó y acogió las reglas, normas y procedimiento de dicho régimen, pues aparece la firma en los formularios de afiliación.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado,

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 7 de julio de 1994.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de

primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,

**administrando justicia en nombre de la República y por
autoridad de la Ley,**

RESUELVE:

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

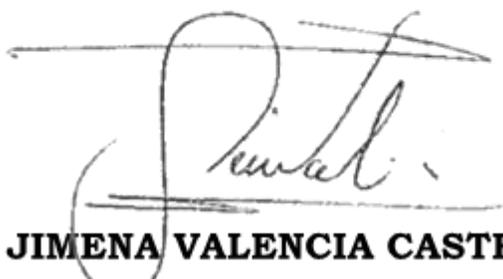
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO LUZ INIRIDA PEÑA
SILVA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 041 2021 00448 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de diciembre de 2022.

En esta instancia el apoderado de la parte demandante presento alegato de conclusión, en el que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados desde el 1 de febrero de 1999, con los rendimientos que se han generado.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació del 28 de febrero de 1960; que inicialmente estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales entre el 30 de abril de 1986 y el 31 de enero de 1999, para un total de 550,71 semanas; que el 1 de febrero 199 se trasladó a Protección S.A., sin que le hubieran suministrado dichos fondos privados la información necesaria para tomar una decisión respecto al traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado realizado por la demandante al RAIS es totalmente valido, en virtud de que ejerció su derecho a la libertad de escogencias de régimen, de manera voluntaria, consciente y sin presiones. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, 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, imposibilidad de volver al estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, buena fe, cobro de lo no

debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Protección S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de afiliación suscrito por la demandante. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por LUZ INIRIDA PEÑA SILVA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCION S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

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

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas protección S.A y Colpensiones, y a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con los artículos 12 y 13 de la ley 100 de 1993, el primero que determina que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten, el RAIS y el RPM y el segundo expresa en su literal b que el sistema general de pensiones tendrá como característica que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, no obstante en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario y en caso en que se vea truncado bien sea por la inexistencia de este o por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su usencia será susceptible de ineficacia de tal escogencia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Protección S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial frente a la condena de trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración indexadas con destino a Colpensiones, al considerar que dichos dineros son descuentos que se realizan en ambos regímenes, los cuales se encuentran plenamente sustentados con los rendimientos que se han generado en la cuenta de ahorro individual de la demandante; resaltó que si la ineficacia es entender que la señora Luz siempre estuvo vinculada al RPM, la orden debería orientarse al traslado únicamente de los aportes más los rendimientos, toda vez que con la presente condena Colpensiones se está enriqueciendo sin justa causa; por otro lado

solicitó se aplique la prescripción a los dineros correspondientes de los gastos de administración.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiendo que la entidad es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP, en razón de que dicho acto tiene efectos inter partes por lo cual independientemente de la decisión adoptada, Colpensiones no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la misma, ya que se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

Una vez aclaro lo anterior, se establece que la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni rempazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 25 de febrero de 1999.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad

del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de diciembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MARIA LUCERO
BAUTISTA SUAREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 044 2023 00137 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de agosto de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que se reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia y/o la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones el capital y los rendimientos financieros acumulados desde el 1 de agosto de 1996 y hasta la sentencia que ponga fin a la controversia.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 16 de abril de 1968, que se afilió inicialmente al Instituto de los Seguros Sociales desde el 1 de julio de 1996 hasta el 30 de julio de 1996; que el 1 de agosto 1996 estando al servicio de Editora Urbana LTDA, se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., sin que le hubiera suministrado dicho fondo privado la información necesaria para tomar una decisión respecto al traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento. 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

Porvenir S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la afiliación realizada a la AFP no existe vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima de seguro previsional, buena fe, ausencia de requisitos legales, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de agosto de 2023, el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la demandante MARIA LUCERO BAUTISTA SUÁREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de MARIA LUCERO BAUTISTA SUÁREZ, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora MARIA LUCERO BAUTISTA SUÁREZ en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual. Y ABSOLVERLA de las demás súplicas incoadas en su contra.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, al pago de las costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

SEPTIMO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia el deber de información más que una obligación es un principio que rige el sistema general de pensiones y se completa cuando 1. se suministra información mediante un lenguaje claro y comprensible; 2. Se da a conocer toda la verdad objetiva realista y comparada de ambos regímenes, por otra parte, se ha explicado que ese deber de información ha cobrado mayor exigencia con el paso de los años.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que la decisión de ineficacia contraria los efectos propios de la normatividad y su aplicabilidad una vez queda en firme; resaltó que la AFP en ningún momento está desconociendo la existencia de un deber de información desde la creación de las AFP, sin embargo, no puede aplicarse las leyes que fueron posteriormente proferidas al acto de afiliación que se realizó en el año 1996 y aun a pesar de ello la AFP ha venido atendiendo toda la normatividad, pues emitió comunicación de que podía trasladarse al RPM sin prohibición alguna; por otro lado indicó que no resulta procedente el traslado en primer lugar de los gastos de administración en virtud de que es un rubro que fue destinado en cumplimiento de la normatividad y cuya ejecución

se realizó en pro de los intereses de la parte actora generando unos rendimientos.

En segundo lugar frente a los dineros de garantía de pensión mínima y el seguro previsional toda vez que es un valor que no se encuentra en poder de Porvenir sino por el contrario fueron oportunamente trasladados a la aseguradora para que esta durante la vigencia de afiliación asegurara los riesgos de la demandante; señaló que respecto a la indexación la misma resulta inviable, toda vez que generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la parte demandante; finalmente manifestó que se opone a la declaración de costas en consideración a que la AFP se sometió a un proceso que no puede evitar, en virtud de que no puede autorizar el traslado de sus afiliados que se encuentren a 10 años o menos de adquirir su pensión.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la demandante el 16 de febrero de 2023 radicó ante la entidad solicitud de traslado, sin embargo, para esta fecha se debe tener en cuenta que la actora contaba con 55 años, encontrándose en una prohibición legal de retornar al régimen de prima media conforme lo establece el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; refirió que se presenta una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, toda vez que recae toda la responsabilidad por parte de los fondos privados y de manera transversal en Colpensiones, sin que se le exija a la parte demandante soporte alguno que demuestre la existencia de algún tipo de error el momento del traslado, pues debe tenerse en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera. Así mismo, menciono que en el evento en que se confirmara la decisión se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de

Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes de la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP Porvenir.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

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

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni remplazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

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

Finalmente debe anotarse que se modificara el numeral 3 de la decisión por cuanto a Colpensiones solo le será posible actualizar la historia laboral cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de agosto de 2023, en el entendido que Colpensiones procederá a efectuar la actualización de la historia laboral una vez se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

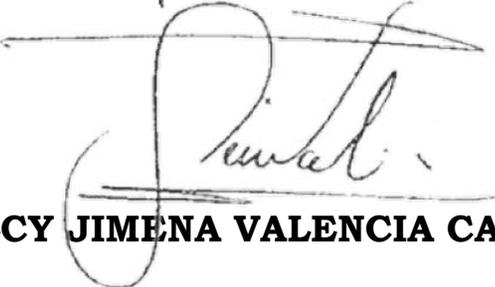
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO JOSE ARMANDO
ZAMORA REYES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 046 2023 00114 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir y de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de septiembre de 2023.

En esta instancia los apoderados de las demandadas presentaron alegatos, en los que se reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia y/o la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones el valor de los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que ha prestado sus servicios como empleado en diferentes empresas privadas y entidades públicas del país desde el 1 de junio de 1975; que estuvo vinculado en el Instituto de los Seguros Sociales; que el 1 de mayo de 1996 se trasladó para Porvenir S.A., sin que dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión respecto al traslado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante cuando solicitó la nulidad de traslado de régimen se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes resulta ilegal e improcedente. Propuso las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, genérica, no procedencia al pago de costas.

Porvenir S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que efectuó el demandante el 6 de junio de 1996, fue

libre, voluntaria e informada tal y como consta en la solicitud de afiliación, documento público en que se observa la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de septiembre de 2023, el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por JOSE ARMANDO ZAMORA REYES con destino a la AFP Porvenir SA, el 6 de junio de 1996; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de JOSE ARMANDO ZAMORA REYES como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a Colpensiones y a la AFP Porvenir SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un smlmv a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante. SEXTO: REMÍTASE el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir

puntualmente las obligaciones que taxativamente le señala las normas, en especial la de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplir las mismas con diligencia, prudencia y pericia y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza como lo es el artículo 1603 del Código Civil, refirió que la doctrina ha elaborado un conjunto de obligaciones para las AFP que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia y el deber de información; la información deber comprender todas las etapas del proceso desde la ante sala de la afiliación hasta la determinación del disfrute pensional, en consecuencia tienen el deber de proporcionar a sus afiliados una información completa y comprensible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra el numeral segundo de la sentencia, con el fin de que se revoque las condenas impuestas a la AFP de manera indexada, al considerar que no resulta procedente dicha condena, toda vez que de conformidad con las sentencias 660161 del 13 de mayo de 2010 y SL 9316 del 29 de junio de 2016, la indexación es la actualización monetaria para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, al respecto señaló que no resulta compatible ordenar la misma en virtud de que nunca se afectaron los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante y teniendo en cuenta que también se ordenó el traslado de los rendimientos financieros, dicho rubro sería excluyente, esto de conformidad con pronunciamientos del Tribunal Superior de Cali y Cundinamarca.

El apoderado de la parte Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la sentencia, al considerar en primer lugar

respecto a la declaratoria de ineficacia, se encuentra acreditado en el plenario que se presenta la situación contemplada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; refirió que si bien existen obligaciones por parte de los fondos primados no es menos cierto que a cargo de los afiliados se encuentran también deberes esto de conformidad con el Decreto 2241 de 2010; indicó que al momento del traslado en el año 1996, no se evidenció la existencia de un vicio del consentimiento que alterara la decisión, pues contrario a ello se tiene que su grado de escolaridad era superior al bachillerato sin que se le pueda dar la calidad de afiliado como la jurisprudencia lo ha indicado; refirió que se debe tener en cuenta los actos de relacionamientos tal y como se señaló en sentencia SL 3752 de 2020, como lo es la permanencia en el RAIS desde el año 1996; en segundo lugar manifestó que no se encuentra de acuerdo con la condena en costas, en virtud de que no se puede tener como vencida en juicio como lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso, en considerar que no fue generadora de la Litis que se predica en este asunto.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

En forma previa a analizar el asunto, se debe precisar que si bien se expidió por la Corte Constitucional comunicado de prensa No. 13 de la sentencia SU107-2024, en el que “(...) *modula el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009*”, lo cierto es que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos conforme se indicó por el Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia No. 11001-03-15-000-2015-03162-00(AC) del 4 de febrero de 2016.¹

Una vez aclaro lo anterior, se establece que la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-

¹ Extracto de la sentencia: “Así las cosas, se advierte que los comunicados de prensa no producen efectos jurídicos ni rempazan la notificaciones de los fallos que se profieren en sede de revisión, las cuales se deben surtir en debida forma, y que son las que determinan el momento en que las providencias producen efectos, de conformidad con el Decreto 2591 de 1991.”

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se

sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 6 de junio de 1996.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

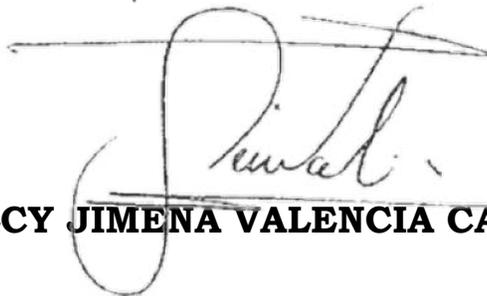
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON