

EXP. 26 2019 00317 01
Sonia Herminia Roa Trujillo Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE SONIA HERMINIA ROA TRUJILLO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y PORVENIR S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2020 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Maria Camila Bedoya García, identificada con T.P. 288.820 para actuar como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido conforme escritura pública 120 del 1 de febrero de 2021, y téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme la escritura pública 120 del 1 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SONIA HERMINIA ROA TRUJILLO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 22 de abril de 1996, con fundamento en que no se le brindó asesoría personalizada, detallada, clara y comprensible, pues no le proporcionaron ilustración suficiente con escenarios comparativos o proyecciones pensionales sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que el traslado de régimen pensional acarrearía, tampoco le indicaron las condiciones para acceder a la pensión de vejez, ni se cumplieron los mínimos de permanencia para realizar el traslado. Advierte que el 26 de noviembre de 2018 solicitó a Colpensiones activar su afiliación. Como consecuencia de lo anterior, pide de manera principal que se declare inválida la vinculación a Porvenir S.A. por encontrarse dentro de la restricción de los 3 años del artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 y, en subsidio se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada a Porvenir S.A., también pide que se declare que la actora nunca ha efectuado un traslado al RAIS y se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones, que se condene a Porvenir S.A. a anular el traslado efectuado al RAIS, a registrar en el sistema de información de fondos privados que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicho régimen, a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los aportes cotizados incluidos los rendimientos, deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes y, a Colpensiones, a activar la afiliación de la actora al RPM (ver demanda en las páginas 4 a 37, del archivo No. 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la elección del régimen se hizo de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones o constreñimientos, gozando la actora de plena autonomía para y siendo consciente sobre la

suscripción del formulario de afiliación. Además, indica que no cumple con los requisitos legales para regresar al RPM de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, entre otras. Pide de manera principal sea absuelta de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y subsidiariamente en caso de un eventual fallo condenatorio, sea absuelta al pago de costas y agencias en derecho. Propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 133 a 144 del archivo No. 1 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existen vicios en el consentimiento, la elección del traslado fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada sin presión o engaño alguno y se materializó con la suscripción del formulario de afiliación que se presume auténtico y, en todo caso, la decisión fue ratificada mediante el pago de los aportes mensuales durante casi 20 años. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica* (ver contestación en las páginas 190 a 218 del archivo No. 1 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de diciembre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiseis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones principales incoadas en su contra conforme a lo expuesto en la parte motiva*

de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la demandante SONIA HERMINIA ROA TRUJILLO, identificada con cédula 31.169.729 al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del 22 de abril de 1996 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la demandante SONIA HERMINIA ROA TRUJILLO, junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de seiscientos mil pesos” (audiencia virtual, archivo No. 6 del expediente digital, minuto 30:39).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y consideró que no se vulneró el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 con respecto a los mínimos de permanencia, pues la actora ya venía cotizando al RPM con anterioridad a esta ley y las entidades existentes para aquella data hacían o hicieron parte de dicho régimen, advirtiendo que el traslado de los trabajadores de las Cajas de Previsión Sociales al ISS no implican una selección inicial. Adicionalmente, concluyó que no se acreditó un consentimiento informado pues del formulario de afiliación ni del interrogatorio de parte se desprende que efectivamente se le HUBIERA ilustrado a la demandante sobre las características del RAIS, condiciones, modalidades y accesos de dicho régimen.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PORVENIR S.A. y la parte demandante.

El apoderado de PORVENIR, pide que se revoque la sentencia y, en subsidio, la condena impuesta a devolver las sumas por concepto de aportes, rendimientos y gastos de administración. Afirma que la AFP cumplió con el deber de información, que la actora no cuenta con una expectativa legítima ni se le generó algún perjuicio, y ella misma manifestó su voluntad de continuar afiliada al RAIS al realizar aportes con posterioridad al traslado, Considera que no es posible restar valor probatorio al formulario de afiliación toda vez que éste era el único requisito exigido para la época. Además, señala que los descuentos por gastos de administración están autorizados por mandato legal, se destinaron a generar los rendimientos financieros y al pago de las primas de seguro por invalidez y sobreviviente, y por ello en consonancia con los conceptos de la Superintendencia Financiera no es dable su devolución que de todas formas y dada su naturaleza resultan prescriptibles (audiencia virtual, archivo No. 6 del expediente digital, minuto 32:25)¹

¹ “Su señoría, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el Despacho, respecto a los numerales segundo y subsiguientes de la parte resolutive de la sentencia, al aspecto de acoger las pretensiones subsidiarias y declarar la ineficacia del traslado del régimen efectuado por mi representada y condenarla a la devolución de aportes, rendimientos y lo referente a los gastos de administración a la administradora de pensiones COLPENSIONES. Teniendo en cuenta la parte que motivó la decisión de la falladora de primera instancia frente al deber de información que le asiste a mi representada desde el momento de su constitución y analizando los medios probatorios dentro del proceso, propio es que se adopta plenamente la línea jurisprudencial en sede de Casación de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, claro es que para adoptar la línea jurisprudencial, no es suficiente con que se esté hablando de la misma pretensión, esto es, de la ineficacia del traslado sino que encajen los supuestos fácticos al caso en concreto y que analizando propiamente el caso en particular, se evidencia que al momento en que la demandante realizó su traslado de régimen frente al número de semanas cotizadas, frente a su historia laboral evidentemente tenía un poco más de 180 semanas, lo que propiamente se puede concluir en que no se le efectuó ningún perjuicio frente a su situación pensional, ya que no contaba con ninguna expectativa frente a la misma, tampoco frente a la edad podría considerarse que se le generó una afectación y conforme al artículo 12 y subsiguientes de la Ley 100 de 1993, estaba en total libertad como así lo decidió, de trasladarse régimen pensional escogiendo propiamente a mi representada para tal efecto. La suscripción del formulario de afiliación no se le debió restar interés probatorio respecto al consentimiento informado, teniendo en cuenta que al momento en que se efectuó ese traslado de régimen, la ley establecía el mismo como requisito por escrito, único para determinar la voluntad del afiliado respecto a su intención libre, voluntaria de trasladarse régimen, es decir, bajo los efectos y condiciones y requisitos de todo acto jurídico se encuentra el consentimiento y dentro de lo que presentó o exigía la ley para ese momento mi representada lo cumplió respecto al mismo formulario afiliación, propio bien se sabe que no solamente dentro las administradoras del

En el recurso de la DEMANDANTE, su apoderada pide que se estudien las pretensiones principales de la demanda en lo relacionado con la declaración de ineficacia por que no se respetaron los tiempos mínimos de permanencia establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Afirma que sí existió una selección inicial al momento en que la actora cambió de empleador y decidió afiliarse al ISS, en agosto de 1995, y el traslado de régimen al RAIS realizado

régimen de ahorro individual sino del régimen de prima media para ese momento no se realizaba documental adicional respecto a esa información, que de un aspecto verbal se le ofrecía a los afiliados, criterio que no puede conllevar a partir de la mala fe de las administradoras de pensiones para determinar que no se le suministró ningún tipo de información como se concluyó al respecto, claro es que entendiendo esa línea jurisprudencial y determinando que al momento del traslado régimen no se le efectuó ningún tipo de perjuicios, no se debió realizar automáticamente un traslado de la carga de la prueba a mi representada frente a que para esa primera etapa del deber de información, propio es que estaba en la obligación de ponerle de presente las situaciones de si al efectuar dicho traslado de régimen existía alguna renuncia frente a algún derecho prestacional o pensional como lo podría ser que fuese beneficiaria del régimen de transición, como tal situación no ocurrió, porque los supuestos fácticos de la demandante no encajan en tal situación, propio es que no se le vulneró ninguna deber de información, véase que los efectos o la configuración de la mesada pensional o de su situación pensional dentro del régimen de ahorro individual, se efectúa o se configura por el lapso de tiempo, son determinaciones que no son perceptibles al momento en que se efectuó el traslado régimen porque dependen de innumerables variables, frente a la cuenta de ahorro individual del afiliado, frente a la tasa de reemplazo que se desprenda propiamente dentro de ese lapso de tiempo a futuro, que no es perceptible ni por el mismo asesor al momento del traslado régimen, y que claramente no puede indicarse o concluirse como una desinformación al afiliado. Los actos de realizar aportes posteriores por parte del afiliado conlleva claramente su voluntad de seguir afiliado al régimen de ahorro individual que convalida ese acto jurídico inicial y en ese sentido, propio es, que frente a las aspectos legales y jurisprudenciales mi representada en el caso en concreto cumplió con tal deber de información. Respecto a la condena de emitida a mi representada frente al numeral tercero de la parte resolutive a la devolución de gastos de administración se desconoce y se deja de lado la misma facultad que la Ley 100 de 1993, en el artículo 13 literal Q y en el artículo 20, facultó a las administradoras de pensiones para generar estos cobros por gastos de administración, frente a la gestión realizada durante todo el lapso de permanencia del afiliado, que se vio claramente desempeñado de buena fe al generarle rendimientos financieros positivos como es perceptible y evidenciable en la relación de movimientos y aportes de la cuenta de ahorro individual del afiliado, y lo otro destinado frente al pago de primas de seguro por invalidez y sobrevivencia, tales contingencias que durante ese lapso de tiempo también se vio cubierto el afiliado. En ese sentido, los mismos conceptos de la Superintendencia Financiera emitidos al respecto, han considerado que al declararse la ineficacia del traslado régimen, no es loable la devolución de gastos de administración por los anteriores argumentos esgrimidos y no solamente lo referente a los aportes y los rendimientos respectivos y frente a esa misma naturaleza, debió estudiarse la excepción de prescripción frente a lo destinado a gastos de administración, porque no soporta un argumento frente a la imprescriptibilidad que desarrollaba la Corte, respecto a su destinación a la pensión porque su finalidad es totalmente diferente frente a la gestión realizada por la administradora de pensiones, en ese sentido, su señoría solicitó se conceda el recurso de apelación y le solicitó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar, en los numerales segundo y subsiguientes de la parte resolutive del fallo y en su lugar absolver a mi representada de las condenas impuestas, muchas gracias”.

el 22 de abril de 1996 no es válido pues sólo era posible efectuarlo con posterioridad al 1 de agosto de 1998 (audiencia virtual, archivo No. 6 del expediente digital, mintuo 40:38)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo,

² “Bueno su señoría, interpongo recurso de apelación en el sentido de que única y exclusivamente solicitando al Tribunal Superior de Bogotá estudie las pretensiones principales de la demanda, bajo el entendido, de que si bien es cierto se ha dicho por orden jurisprudencial e incluso por la misma ley, que cuando la persona viene cotizando a cajas de previsión social, las mismas se entienden como del mismo régimen de prima media o sea mismo régimen pensional, caso en el cual se evaluará cuando la persona haya realizado una vinculación por orden de la ley, es decir, al momento en que ingresa o entra en vigencia el sistema pensional, el Sistema General de Pensiones, que es el primero de abril del 94, se hace el traslado obligatorio entre las mismas entidades, por o en torno a la entrada en vigencia del mismo sistema, sin embargo, en el caso que nos ocupa, en el caso de la señora Sonia Herminia Roa Trujillo, teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1994, crea un nuevo Sistema General de Pensiones mediante el cual se crean dos regímenes pensionales totalmente diferentes y excluyentes, uno de otro, en razón a esta entrada en vigencia de la Ley 100 o el Sistema General de Pensiones el primero de abril del 94, se estima que la persona tiene la posibilidad de realizar una primera selección de régimen pensional que es lo que ocurre con la señora Sonia Herminia Roa Trujillo, es decir, ella venía de laborar con la Universidad Nacional, con la cual cotizó a una caja de previsión social previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 93 y por cambios de empleador, de contrato, que pasa de un empleador público a un empleador privado, con el cual suscribe la afiliación al régimen de prima media administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales, acá en el presente caso, si existe voluntariedad de la persona y existe una selección de régimen inicial, una vez, entrado en vigencia este nuevo Sistema General de Pensiones, en consecuencia su señoría y teniendo en cuenta, que la vinculación al Instituto de Seguros Sociales, conforme obra en las documentales, como es la historia laboral, en donde se evidencia el cambio de empleador y la vinculación al seguro social que ocurre en agosto 1995, se tiene entonces, que la afiliada la señora Sonia Herminia Roa Trujillo, sólo podía cambiarse de régimen pensional cuando hubieran transcurrido más de 3 años, es decir, más allá o posterior a agosto del año 1998, contrario a esto, la señora Sonia Herminia Roa Trujillo incentivada por la AFP Porvenir, se vincula la misma en abril del 96, sin siquiera dejar pasar los tres años que establece la ley 100 en el artículo 13, en su texto original, en consecuencia su señoría, para el caso particular y concreto, si existe una selección inicial del régimen pensional, la cual, se hizo en agosto de 1995 y en consonancia, entonces con el Decreto 692 del 94, es válida la última vinculación realizada bajo los parámetros legales, es decir, la efectuada al Instituto de Seguro Sociales el 1 de agosto de 1995, en ese sentido dejo sustentado mi recurso de apelación, única y exclusivamente, para que se proceda con el estudio de las pretensiones principales, en lo referente a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, me encuentro conforme con la decisión proferida por el despacho, muchísimas gracias”.

por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...).

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 30 años de edad y había cotizado 82 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 5 meses y 23 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folio 38 y 123 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵ ⁶, según el cual, se debe

³ Ver historia laboral actualizada de PORVENIR en folios 47 a 57 del expediente digital.

⁴ *Ibídem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para*

Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte rendido que la demandante no se confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que iba a tener rendimientos que no estaban en Colpensiones, que estos iban a mejorar su futuro pensional, que se podía cambiar en cualquier momento que lo deseara e iba a tener una mejor pensión que la que podía tener en ese momento en el ISS (audiencia virtual, minuto 50:12). Adicionalmente, rindieron testimonio María Bibiana Gaitán García y Nurlia Torrenjano Gonzáles ambas compañeras de trabajo de la actora, la primera manifestó que el asesor del fondo privado le indicó sobre las ventajas que podría tener el cambiarse de fondo en términos de rendimientos para obtener un mayor bono pensional, sin especificar para qué servían los rendimientos y, la segunda, manifestó que el asesor del fondo privado le indicó que por ser jóvenes era una mejor alternativa (audiencia virtual, hora 1 minuto 00:30 y, hora 1 minuto 13:20).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Además, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

En otro giro del asunto la Sala encuentra una razón adicional para declarar la invalidez de la vinculación inicial de la demandante al RAIS, en la medida en que el primer traslado de régimen no cumplió los requisitos sustanciales dispuestos en el ordenamiento jurídico para su validez pues no respetó las restricciones de permanencia (3 años según la normatividad aplicable a la demandante) y por ello el acto jurídico inicial tenía objeto ilícito o prohibido en la Ley.

Se afirma que esta situación ocurrió frente a SONIA HERMINIA ROA TRUJILLO, pues en el expediente se demostró que su vinculación al RAIS, el día 22 de abril de 1996 (folio 58) no respetó el mínimo de permanencia que regulaba el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 literal e) antes de las modificaciones⁷, dado que la selección inicial la hizo el 1 de agosto de 1995 cuando se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES hecho que se obtiene de la historia laboral actualizada que allegó COLPENSIONES al plenario y obra en el expediente administrativo a folio 142, y de la aceptación del hecho cuarto por la demandada Colpensiones al momento de dar contestación a la demanda.

Como las consecuencia de esta última consideración son las mismas a las que llegó en la sentencia primera instancia (INVALIDEZ DEL TRASLADO INICIAL), el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia aclarando que lo hace por todas las razones que se expusieron en la parte motiva de esta sentencia.

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

RESUELVE

⁷ “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional”.

EXP. 26 2019 00317 01

Sonia Herminia Roa Trujillo Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás, por todas las razones expuestas en esta sentencia.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

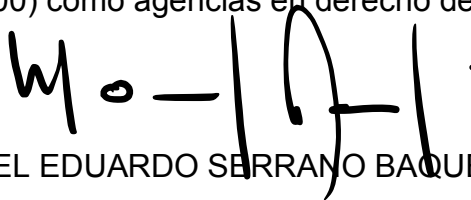
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE BETTY ESPERANZA MORENO RAMIREZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y PORVENIR S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2020 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Maria Camila Bedoya García, identificada con T.P. 288.820 para actuar como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido conforme escritura pública 0120 del 1 de febrero de 2021, y téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme la escritura pública 0120 del 1 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, BETTY ESPERANZA MORENO RAMÍREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 30 de enero de 2001, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido el 3 de diciembre de 2002, con fundamento en que su consentimiento estuvo viciado pues no recibió la información técnica adecuada, no le ilustraron sobre los riesgos que implicaría el traslado de régimen pensional, el funcionamiento financiero del RAIS o las modalidades de pensión, al contrario, le informaron que su condición pensional sería más ventajosa, con un monto mejor y que el RPM desaparecería. Advierte, que el 23 de abril de 2019 solicitó la nulidad de las afiliaciones ante Colpensiones, la cual fue negada. Como consecuencia de lo anterior pide principalmente se declare la nulidad o ineficacia del traslado o, en subsidio se declare inexistente el acto por medio del cual se efectuó el traslado y que la actora puede elegir afiliarse al RPM sin solución de continuidad, y se condene a las entidades demandadas a la devolución de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, aportes y rendimientos con destino a Colpensiones, a esta última a recibir dichas sumas, reactivar la afiliación de la actora como si siempre hubiese permanecido en el RPM, actualizar y corregir la historia laboral de la actora y al pago de perjuicios que estima en 200 smlmv (ver demanda en folios 4 a 11 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la elección del régimen se llevó a cabo de manera libre, voluntaria, espontánea, sin presiones o constreñimientos, la actora gozaba de plena autonomía al momento de realizar el traslado y de consentimiento para suscribir el formulario de afiliación, no es beneficiaria del

régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia SU 060 de 2010, y se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado ente regímenes pensionales pues le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional. Pide que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra, y en subsidio se le absuelva de la condena al pago de costas y agencias en derecho. Propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 94 a 111 del expediente).

Igualmente contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la decisión del traslado se realizó de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, la actora contaba con plena capacidad legal para tomar dichas decisiones y el traslado se realizó con el cumplimiento de todos los requisitos legales exigidos por las normas vigentes para la época. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en folios 139 a 164 del expediente).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, previo a habersele informado de manera adecuada y completa las condiciones bajo las cuales opera el RAIS, hecho que se manifestó con la suscripción del formulario de afiliación. Además, advierte que no es procedente que la actora afirme un

engaño o falta de información después de haber permanecido más de veinte años en el RAIS. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación en folios 210 a 219).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de diciembre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante BETTY ESPERANZA MORENO RAMÍREZ identificada con la cédula 51.648.219 al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del año 2001 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a los fondos de pensiones COLFONDOS y PORVENIR fijándose como agencias en derecho la suma de ochocientos mil pesos a razón del 50% a cargo de cada una de las entidades”* (audiencia virtual, hora: 1 min 00:02).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la actora pertenecía al RPM pues laboró y efectuó cotizaciones a la Caja de Previsión del municipio de Soacha y que es ineficaz el traslado al RAIS pues el formulario de afiliación no acredita que se le hubiera brindado la asesoría pertinente respecto a las características propias del RAIS, condiciones y efectos del traslado, para que ésta hubiese podido tomar una decisión debidamente informada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de la parte demandante y PORVENIR S.A.

La apoderada de la parte actora, pide que se condene en costas a Colpensiones. Afirma que de acuerdo al principio general consagrado en el artículo 365 del Código General del Proceso se debe condenar en costas a la parte vencida en juicio, por ello debe condenarse a Colpensiones pues no sólo fue una parte vencida en el proceso, sino que además, se opuso activamente a las pretensiones de la demanda y de la condena (audiencia virtual, hora:1 minuto 1:07)¹

¹ “Si señora juez, pido respetuosamente el uso de la palabra, yo soy Estefanía la apoderada de la parte demandante. Encontrándome en el momento procesal oportuno señora Juez de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación, frente a la decisión de no condenar en costas a Colpensiones toda vez que el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio por así disponerlo el artículo 365 del Código General del Proceso el cual contiene el principio general según el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso sin consideración a su intención, razonabilidad y discusión en el conflicto jurídico o su conducta procesal por el hecho de haber sido vencido en juicio, de tal manera que si la sentencia es desfavorable lo atinente en derecho es que sea igualmente condenado en costas, adicionalmente Colpensiones pues se opuso de forma activa a las pretensiones de la demanda, se opuso a las condenas, presentó argumentos en contra y pues como se pudo ver resultó vencida en el proceso, entonces en ese sentido solicito por favor al Honorable Tribunal se tengan en cuenta estos argumentos y sea igualmente condenado en costas Colpensiones, muchas gracias”.

En el recurso de Porvenir S.A., su apoderada pide que se revoque la sentencia y en subsidio se revoque la condena impuesta a devolver las sumas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Afirma que la actora decidió de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen, que el fondo privado cumplió con el único requisito exigible para la época del traslado: la suscripción del formulario de afiliación del cual solicita valoración probatoria. Además, aduce que la inconformidad de la actora se consolidó con la diferencia de los montos pensionales entre un régimen y otro, de lo cual no es posible afirmar una falta al deber de información, y afirma que en la situación de la actora no es conveniente su regreso al RPM de acuerdo a la edad y la densidad de semanas cotizadas. Finalmente, aduce que las sumas descontadas por gastos de administración y primas de los seguros previsionales están autorizadas por mandato legal, fueron invertidas de conformidad con las exigencias de ley, y no se encuentran en cabeza de la administradora por lo cual no procede la devolución (audiencia virtual, minuto 41:35)²

² “Si su señoría, en esta oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá ratificándome primero con lo esbozado en mis alegatos de conclusión y con lo siguiente. Señores magistrados solicito se revoque la sentencia del a quo primero en consideración en como se ha indicado en el presente caso y en los casos de esta materia para el momento en que se realizó este traslado pues el ordenamiento jurídico no determinaba una forma concreta en que las AFP's debían brindar la información como tampoco una obligación de documentar la asesoría bastaba con el formulario de afiliación, sumado pues que las asesorías por parte de los fondos pues se hacían de manera verbal, el único requisito pues era el formulario de afiliación y pues este cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y con los presupuestos legales para su validez. De igual manera, como segundo punto pues es claro el incumplimiento de la parte actora del deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios lo cual conlleva a que no deba ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar y esto quedó probado de acuerdo al interrogatorio que sólo encontrándose la actora en la prohibición del literal E) del artículo 13 de la Ley 100 pues se preocupó por conocer su estado pensional, además pues la inconformidad solo se vino a consolidar cuando se encuentra en la edad de pensión y por la diferencia de los montos pensionales entre Colpensiones y Porvenir pero es claro que cuando la actora decidió de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen pues se sometió a las características de este nuevo régimen por lo que no puede señalarse que por haber una diferencia entre las mesadas pensiones entonces pues los fondos incumplieron con su deber de información, es por esto que pues no es lógico que en estos tipos de procesos se alegue falta al deber de información de los fondos de pensiones o fondos privados cuando la verdad es la inconformidad con las mesadas pensionales, situación que si fuera contraria no se instaurarían este tipo de demandas y es claro también que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen pues no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte mediante el reconocimiento de pensiones cabe señalar que en el régimen de prima media los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley, contrario al RAIS

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

en donde las mismas se reconocen dependiendo única y directamente de los valores ahorrados y aportados por los afiliados en sus respectivas cuentas individual. Como tercer argumento, por haber existido actos jurídicos que versaron por la voluntad del demandante o de la demandante perdón, solicito que se respete la voluntad de las partes y que se le de este valor probatorio a los formularios de afiliación que ella suscribió, prueba que demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes, sumado que los afiliados son consumidores financieros y por lo tanto la actora debía actuar con la mera diligencia, por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico de traslado y el acto jurídico de traslado horizontal, no puede pasarse por alto que todos los aspectos que regula este tema pues se encuentran en la ley y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no es excusa de conformidad con el artículo noveno del Código Civil pues dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento. Ahora bien señores Magistrados, solicito que se analice el caso particular de la actora, las semanas que tiene actualmente así como lo indicó el a quo la actora aproximadamente se pensionaría en el régimen de prima media con 69 años por lo tanto pues solicito se estudie a profundidad este caso y se tome la decisión más conveniente para la actora teniendo en cuenta pues su edad, su densidad de cotizaciones y pues la importancia que tiene este derecho pensional puesto que no es conveniente o bueno considero que no es conveniente que la actora tenga que esperar muchos años para obtener este beneficio, su beneficio pensional. Ahora señores Magistrados en caso que ustedes confirmen este fallo solicito que no se condene a mi representada a la devolución de gastos destinados a la administración y a las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligada a contratar, ello es así porque esta suma pues tiene un mandato legal, una destinación específica que en este caso pues cumplió dignamente su prometido en el periodo en el cual la demandante mantuvo o ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual con mi representada, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de mi representada pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, es por esto, con estos argumentos pues dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando una vez mas revocar esta decisión, muchas gracias”.

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 39 años de edad y había cotizado 245 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

³ Ver certificado de tiempos cotizados en la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL en folio 17 del expediente.

de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 9 meses y 5 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver folio 12 y 82 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

⁴ Ibídem.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación *“(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. En este sentido: (i) *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) *“Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen*

igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de COLFONDOS le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que solo le dijeron que allí irían las personas que estaban más jóvenes, que el fondo era constituido por personas profesionales, que como ventajas tenía un respaldo bancario y que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar (audiencia virtual, minuto 11:20).

Para la Corte los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales, y que se está declarando la ineficacia de su afiliación por falta de consentimiento informado en el momento que se produjo el acto jurídico inicial, con base en la jurisprudencia de la Corte,

para lo cual resulta indiferente la convenciencia actual de pertenecer a uno u otro régimen.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Por las mismas razones se confirmará la orden a devolver las primas de las seguros de invalidez y sobrevivientes; conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución se está ordenando.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

Atendiendo el recurso de la demandante, se adicionará la decisión de primera instancia para condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y pierde el proceso o la instancia, lo ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en folios 94 a 111 del expediente).

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a COLPENSIONES al pago de las costas procesales, y para **DECLARAR** que dicha entidad – COLPENSIONES – puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

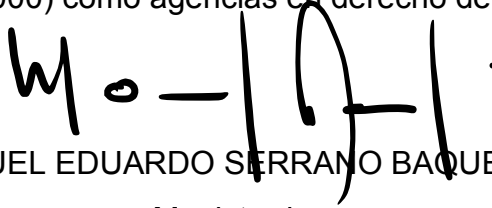

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 26 2019 00426 01

Betty Esperanza Moreno Ramírez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otras

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ PATRICIA GIRALDO GARCÍA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2020 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Maria Camila Bedoya García, identificada con T.P. 288.820 para actuar como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido conforme escritura pública 0120 del 1 de febrero de 2021, y téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme la escritura pública 0120 del 1 de febrero de 2021.

Téngase al doctor Alejandro Miguel Castellanos López identificado con T.P. 115.849, para actuar como apoderado judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en los términos y para los fines del poder conferido conforme la Escritura pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ PATRICIA GIRALDO GARCÍA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 1 de julio de 1997, con fundamento en que fue engañada por parte del fondo privado y no existió un consentimiento libre y voluntario pues la decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración sobre el Sistema pensnional, no se le informó sobre la posibilidad de regresar al RPM en el año de gracia concedido por la Ley 797 de 2003 o, sobre la imposibilidad de hacerlo cuando le faltaren diez años o menos para cumplir con la edad mínima para adquirir el derecho pensnional. Advierte que el 26 de septiembre de 2018 solicitó a Colpensiones la nulidad de traslado. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad del traslado a Porvenir S.A. por la indebida y nula información suministrada y que para todos los efectos legales la única afiliación válida fue la efectuada al ISS, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, a Colpensiones a recibir a la actora sin solución de continuidad, corregir y actualizar la historia laboral y a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen (ver demanda en folios 3 a 18 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las

pretensiones con fundamento en que la elección del régimen se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y sin presiones, la actora gozaba de plena autonomía al momento de realizar el traslado y del consentimiento para suscribir el formulario de afiliación. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 60 a 67 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la selección del régimen pensional fue libre, voluntaria, informada, consciente y exenta de vicios del consentimiento y, en señal de ello la actora suscribió el formulario de afiliación, previa asesoría brindada acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes para la época y con los lineamientos establecidos por la Superintendencia Financiera en la materia. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 84 a 97 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de diciembre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “ *PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora demandante LUZ PATRICIA GIRALDO GARCÍA identificada con cédula 30.284.188 al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de mayo de 1997, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus*

rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por la demandante conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR fijándose como agencias en derecho la suma de seiscientos mil pesos” (audiencia virtual, minuto 40:17).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que el fondo privado, quien tenía la carga de la prueba, no demostró la existencia de un consentimiento debidamente informado, y advirtió que de la sola suscripción del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte no es posible acreditar que efectivamente se ilustró a la demandante sobre las características propias del RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la apoderada de PORVENIR S.A. - Pide que se revoque la sentencia y de forma subsidiaria se revoque la condena impuesta a devolver las sumas por concepto de gastos de administración. Afirma que la elección del régimen pensional fue libre, voluntaria y sin presiones y se ratificó al permitirse los descuentos con destino a la cuenta de ahorro individual, advirtiendo que el fondo privado cumplió con la carga probatoria, y la decisión adoptada por el aquo va en contravía del principio de inescindibilidad de las normas. Además, señala que por mandato legal sólo es posible ordenar la devolución de los saldos y rendimientos financieros, por lo tanto, el traslado de las sumas por concepto de gastos de administración constituiría un

enriquecimiento sin justa causa a favor de terceros pues son dineros que no hacen parte integral de la pensión de vejez (audiencia virtual, minuto 41:35)¹

¹ “Muchas gracias señora Juez, con el debido respeto me aparto del fallo de primera instancia y procedo a interponer recurso de apelación en contra de este, toda vez que si lo que se pretende en este proceso es declarar la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones establece que cualquier persona natural o jurídica que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección se haría acreedor a una multa administrativa que interpone el Ministerio de Trabajo y, si bien menciona también que la afiliación quedará sin efecto, también lo es que bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo que se dispone en los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, por un principio básico el cual es la inescindibilidad de las normas que impide acudir en forma indiscriminada diferentes normas para resolver un asunto en concreto, pero pese a esto para definir las declaraciones de ineficacia de los traslados de régimen pensional se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencione, para establecer los efectos de esta ineficacia se acude a disposiciones del Código Civil también sin tener en cuenta los presupuestos que ese compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato. Igualmente, se debe tener presente que el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público que se presume auténtico esto según artículos 243 y 244 del Código General del Proceso, adicionalmente contiene las declaraciones del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección de régimen de la demandante fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que efectivamente ratificó en el interrogatorio de parte, adicionalmente que el documento no fue desconocido ni tachado razón por la cual probatoriamente no es dable restarle valor. Igualmente, se aduce que mi representada no allegó prueba del cumplimiento del deber de asesoría con la demandante al momento de la vinculación, esto era entregar la información completa, veráz y oportuna y tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal por cuanto mi representada de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo que se dispone legalmente al respecto en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la demandante ha estado vinculada con mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación el cual insistimos es un documento auténtico, sino también con la conducta de la afiliada que permaneció en el régimen privado y permitió el descuento con destino a la cuenta de ahorro individual, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunta nos conducen a la certeza de entender que la intención de la demandante era pertenecer al régimen de ahorro individual. Igualmente es loable mencionar, que jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada a las previstas en las leyes existentes al momento de la afiliación pues esto constituiría una violación al debido proceso y la confianza legítima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación no solo la afiliada para ese momento era una persona jurídicamente capaz sino que adicionalmente el acto contenía objeto y causa lícita y, ahora por cuenta de interpretaciones y cambios que se hacen a algunas normas se están desconociendo instituciones primarias de un Estado Social de Derecho como son la validez y los efectos jurídicos del acto. Ahora, en el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las que se están refiriendo en esta norma, en consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las que se prevé en el artículo ya citado por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de la afiliada, por lo que condenar a pagar valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa a favor de terceros dentro del negocio jurídico celebrado por la demandante y mi representada como lo es Colpensiones, pero además determinar que se deben reintegrar los gastos de administración sería tanto como ordenarle a una compañía de seguros que si no se presenta el siniestro amparado debe devolver el valor de la póliza, en este orden de ideas los gastos de administración al no

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos*

corresponder a valores que pertenecer al afiliado en ninguno de los regímenes por cuanto es claro que no financian la pensión de vejez y, por ende no son parte integral de ella, es una razón de peso para descartar su imprescriptibilidad y en este sentido si estaríamos presente entonces ante los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y así debería declararse en este proceso, así las cosas le corresponde a ustedes señores magistrados determinar si el régimen de ahorro individual es más desventajoso frente al régimen de prima media o si por el contrario debe haber un cambio normativo toda vez que quedó demostrado que mi representada siempre ha actuado conforme a las leyes existentes, es por ello que de manera muy respetuosa solicito se revoque el fallo de primera instancia, muchas gracias”.

al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)."

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 627,86 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 4 meses y 3 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver folio 24 y 55 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 25 a 26 del expediente.

³ *Ibidem*.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación,

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁵ Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento

de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que la asesora comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que solo le dijeron que Colpensiones se estaba quebrando y posiblemente podría perder las semanas cotizadas, que pasándose al fondo privado ellos se encargaban de salvar las semanas cotizadas para que no las perdiera, teniendo la posibilidad de pensionarse con ellos si seguía aportando juiciosamente (audiencia virtual, minuto 9:25).

Para esa Corporación los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han*

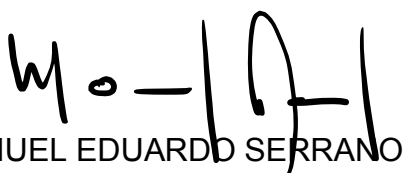
debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 26 2019 00754 01

Luz Patricia Giraldo García Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de sesicientos mil pesos mcte (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE EDGAR ALEXANDER BARRAGÁN
GARCÍA CONTRA CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE COLOMBIA
IDEAS.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de decisión laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por la Corporación Universitaria demandada, contra la sentencia dictada por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, EDGAR ALEXANDER BARRAGÁN GARCÍA presentó demanda contra la CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE COLOMBIA IDEAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que la demandada incumplió con las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios que había suscrito y le adeuda \$81.666.667 de honorarios profesionales¹. Pide que se ordene el pago de la suma anterior junto con los intereses moratorios a la tasa máxima, o la corrección monetaria, y las costas del proceso.

¹ Hecho Tercero: Los honorarios debían ser cancelados en los siguientes plazos: - \$3.100.0000 a la suscripción del contrato como condición paradar inicio a su ejecución, - \$42.0000.0000 al inicio de las matriculas del diplomado o a más tardar el 31 de agosto de 2017. -\$28.000.000 al inicio del diplomado o a más tardar el 31 de octubre de 2017 y - \$20.000.000 al final del diplomado o a más tardar el 29 de diciembre de 2017.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 9 de agosto de 2017 celebró contrato de prestación de servicios profesionales con la demandada, cuyo objeto era *“la virtualización de los contenidos del diplomado denominado diplomado en derecho disciplinario rehabilitación para abogados excluidos de la profesión”*. En dicho contrato se comprometió a perfilar la herramienta *“Moodle”* para el adecuado desarrollo de las actividades académicas virtuales del diplomado, y por sus servicios se pactaron como honorarios \$93.100.000 de los cuales se hizo un pequeño abono quedando pendiente un saldo de \$81.666.6687. Señala que a pesar de haber cumplido cabalmente con todas las actividades en los plazos requeridos, la corporación finalizó unilateralmente el contrato (folios 15 a 19 y 22 a 24).

La demanda fue contestada por curadora ad-litem de la CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE COLOMBIA IDEAS, quien aceptó los cuatro (4) primeros hechos y manifestó no constarle los demás. No propuso excepciones previas ni de fondo (folios 53 a 55).

La curadora fue relevada del cargo por el Representante Legal de la Corporación Universitaria, quien es abogado, en la primera audiencia de trámite (artículo 77 del CPT).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2021, mediante la cual condenó a la CORPORACION UNIVERSITARIA DE COLOMBIA -IDEAS- al pago de \$16.666.666 como honorarios profesionales insolutos a favor del demandante. Estimó conforme la documental aportada que el demandante cumplió sus obligaciones en lo posible, y frente a la imposibilidad de terminar la ejecución del contrato tasó el valor de las labores realizadas.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. CONDENAR a la demandada CORPORACION UNIVERSITARIA DE COLOMBIA IDEAS a pagar al señor EDGAR ALEXANDER BARRAGAN*

GARCIA la suma de dieciséis millones seiscientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$16.666.666) por concepto de honorarios. SEGUNDO: CONDENAR la demandada CORPORACION UNIVERSITARIA DE COLOMBIA IDEAS a indexar el valor anterior de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago. TERCERO: CONDENAR a la demandada CORPORACION UNIVERSITARIA DE COLOMBIA IDEAS en costas fijando como agencias en derecho la suma de \$3.000.000.” (CD 2, audio 2 min 50:18).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la demandada presentó recurso de apelación. Pide que se revoque el fallo y se nieguen las pretensiones de la demanda. Aduce que si lo pretendido por el actor era el pago de lo acordado en una *transacción* que suscribió con la demandada como acuerdo de pago, no podía demandar ante la jurisdicción laboral sino debió hacerlo en jurisdicción la civil, y que por ello se debió dar por terminado el proceso en la jurisdicción laboral (CD 2 min 36:20)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los artículos 2142 y 2143 del Código Civil, definen el mandato como un contrato por medio del cual una persona confía la gestión de uno o más

² “Señora Juez, conocido el fallo proferido por el Despacho a su digno cargo, procedo ante el mismo apelar y como sustento de mi apelación, el siguiente argumento. El Despacho se ocupa a dar al fallo y condenar a la parte demandada a unas costas procesales, con base en una transacción que celebró el aquí demandante y mi representada, la parte demandada, si bien es cierto, una de las formas cómo se termina un proceso es a través de una transacción, estamos frente a un incumplimiento, entonces, de una transacción qué pienso, si el demandante quisiera demandar el pago de esa transacción, sería una acción de carácter civil como consecuencia del incumplimiento a la transacción celebrada entre las partes que llevaron a cabo y que dando pie a esta transacción, debería haber dado por terminado el proceso laboral o la demanda laboral previamente instaurada, de la cual conoció el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por no estar de acuerdo en el fallo proferido por el Despacho a este mismo cargo, apelo para que en subsidio al fallo, se revoque el fallo y se denieguen las pretensiones formuladas por la parte actora, como quiera que, estamos frente al incumplimiento de un contrato de transacción, que repito debió haber puesto fin a la demanda laboral ,dejó en esta forma sustentado el argumento base de la apelación. Muy amable de señora Juez y con el respeto que me merece, dejó finalizada mi intervención en la presente audiencia de fallo”.

negocios a otra, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Dicho contrato puede ser gratuito u oneroso y en este último caso la remuneración se determina por lo acordado entre las partes antes o después del pacto, por lo que disponga la Ley, o por el valor que tase un Juez según las gestiones realizadas³.

Revisado el expediente el tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues se demostró que las partes celebraron un contrato oneroso de prestación de servicios en el cual se pactó expresamente una suma de dinero como contraprestación de la labor contratada cuyo pago no se hizo en los términos acordados.

En el contrato de prestación de servicios profesionales de fecha 9 de agosto de 2017 se acordaron como honorarios \$93.100.000 pagaderos así: \$3.100.0000 a la suscripción del contrato; \$42.0000.0000 al inicio de las matrículas del diplomado o a más tardar el 31 de agosto de 2017; \$28.000.000 al inicio del diplomado o a más tardar el 31 de octubre de 2017; y \$20.000.000 al finalizar el diplomado o a más tardar el 29 de diciembre de 2017⁴ (folios 5 y 6).

Sobre el cumplimiento de las obligaciones del demandante obran como pruebas: (i) el testimonio de MELISSA SANCHEZ BARRIOS ex compañera de trabajo (Cd 3 Minuto 15:38) quien trabajó en la Corporación Universitaria como Coordinadora de Proyección Social (julio de 2017 a diciembre de 2017) y afirma que le consta que el demandante cumplió con la virtualización del diplomado, perfiló las herramientas virtuales, entregó la virtualización en la plataforma, los contenidos teóricos de los diplomados de manera oportuna, y

³ Código Civil artículo 2144. *EXTENSION DEL REGIMEN DEL MANDATO. Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.*

⁴ -\$3.100.0000 a la suscripción del contrato como condición paradar inicio a su ejecución, - \$42.0000.0000 al inicio de las matrículas del diplomado o a más tardar el 31 de agosto de 2017. -\$28.000.000 al inicio del diplomado o a más tardar el 31 de octubre de 2017 y - \$20.000.000 al final del diplomado o a más tardar el 29 de diciembre de 2017.

aclaró que aunque ese diplomado no se ofertó porque no alcanzó el número de abogados inscritos, se realizó el plan piloto con los estudiantes de esa Corporación Universitaria y el demandante realizó las capacitaciones y acompañamientos sobre el funcionamiento y demás temas relacionados. Obra además (ii) el documento de folios 8 y 9 denominado *ACUERDO DE PAGO* del cual se lee: “(...) *las partes de común acuerdo consideran que ante el incumplimiento por parte de la Corporación a sus obligaciones de pago en razón a la imposibilidad de seguir adelante con la ejecución del contrato suscrito, manifiestan que el presente acuerdo dará por terminado cualquier obligación conjunta siempre que la corporación de cumplimiento a la siguiente forma de pago que adeuda al contratista y pagará al contratista la suma de Veinticinco millones de pesos*”.

Surgió entonces para la demandada -sin duda alguna- la obligación de pagar los honorarios que se causaron, cuyo monto tasó el juez en la sentencia apelada en un valor específico, sin oposición de ninguna de las partes, razón suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

Para responder al único argumento de apelación, referido a la falta de competencia de la jurisdicción laboral por la existencia de una transacción, se debe advertir que cualquier oposición en esta materia se debió tramitar en la primera audiencia de trámite, cuando se dispuso el saneamiento del proceso. En dicha diligencia el juez asumió su competencia con base en el numeral 6º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001 que asigna a la jurisdicción del trabajo, en procesos declarativos, el estudio de “*los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera sea la relación que los motive*”, decisión que comparte el Tribunal, por las mismas razones que ha expresado reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁵.

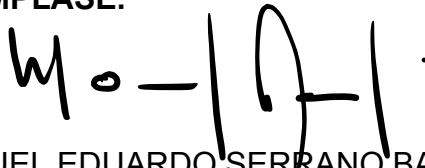
⁵ SL 2385 DE 2018. Radicado N° 47566 M .P. Jorge Luis Quiroz Alemán “*En efecto, el conflicto jurídico originado en el reconocimiento y pago «de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado», indudablemente abarca o comprende toda clase de obligaciones que surjan de la ejecución o inejecución de tales contratos, tan cierto es ello, que, se insiste, el legislador no limitó la competencia de la jurisdicción al reconocimiento y cancelación de los solos honorarios como lo entiende el ad quem, sino que fue más allá, tanto así que incluyó la acepción «remuneraciones», que desde luego no puede entenderse*”

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **COSTAS** a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

que son los mismos honorarios, pues a ellos hizo alusión con antelación, sino que debe colegirse que son los demás emolumentos que tienen como causa eficiente el contrato de prestación de servicios de carácter privado, llámese cualquier otro pago, sanciones, multas, etc. De otra parte, no desconoce la Sala que el contrato de mandato o prestación de servicios es eminentemente civil o comercial, pero en este caso y sin restarle tal connotación, fue el legislador quien bajo la libertad de configuración y por excepción, le asignó al juez del trabajo la competencia para resolver los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de los honorarios y demás remuneraciones por servicios personales de carácter privado. En ese orden de ideas, la justicia ordinaria laboral no solo conoce de la solución de los conflictos relacionados con el cobro de honorarios causados, sino también de las cláusulas penales, sanciones o multas pactadas en esta clase de contratos de prestación de servicios, así involucre el resarcimiento de un eventual perjuicio, por lo que la Sala precisa que la vía procedente para su reclamación también lo es la estatuida en el numeral 6.º del artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2.º de la Ley 712 de 2001, pues verdaderamente se trata de un conflicto propio de una acción de naturaleza laboral, que implica un análisis que se agota en la verificación del incumplimiento del deudor, la consecuente causación de los honorarios u otra remuneración o pago conexo.(...) De suerte que, es el juez laboral y no el civil, quien tiene la competencia para conocer de esta contienda; pues no sería práctico, lógico y menos eficiente, trasladarle al usuario de la justicia, la carga de acudir a dos jueces de distinta especialidad, para que le resuelvan un litigio que tiene como fuente una misma causa (el contrato de prestación de servicios)".

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - H' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ MYRIAM ALFEREZ GODOY CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la última entidad entidad, la sentencia dictada el 24 de febrero de 2021 por el Juez treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS)

Téngase a la doctora Leidy Carolina Cortés Garzón, identificada con T.P 313.452, para actuar como apoderada de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme el poder conferido mediante la escritura pública No. 1178 de 6 de noviembre de 2019 de la Notaría 14 de Medellín.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MYRIAM ALFEREZ GODOY presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de julio de 1996, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido en el mes de mayo del 2000, con fundamento en que los asesores del fondo privado la indujeron de manera equivocada a vincularse en el RAIS, después de que le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que con el traslado no perdería los beneficios propios del RPM, y señaló que no le informaron sobre los riesgos del traslado de régimen pensional ni le realizaron una simulación o proyección del valor de la mesada pensional. Como consecuencia de lo anterior, pide que se disponga el retorno del afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES y se traslade a dicha entidad el valor de los saldos o aportes pensionales consignados en la cuenta de ahorro pensional individual del demandante, más los rendimientos financieros y los cobros de administración descontados (ver escrito de demanda en páginas 5 a 20 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, y de haberse presentado vicios en el consentimiento, estos deben ser probados por la parte actora. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en páginas 113 a 128 del expediente digital).

También contestó la demanda SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin ningún tipo de presiones aceptando las condiciones propias del RAIS, conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en sus decretos reglamentarios. Además, advierte que la demandante tenía conocimiento sobre el funcionamiento del RAIS cuando se vinculó a la AFP PROTECCIÓN, y demostró su intención de permanecer en dicho régimen cuando se trasladó a la AFP SKANDIA, y por ello, no le sería imputable las falencias que se pudieron presentar en el traslado de régimen pensional. Propuso como excepciones: *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección del régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales ni similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica* (ver contestación en páginas 158 a 181 del expediente digital).

Igualmente contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el traslado de régimen pensional que realizó la demandante es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, dado que la suscripción del formulario de afiliación se hizo de forma libre y espontánea, después de recibir información sobre las características de ambos regímenes pensionales, la forma de acceder al derecho pensional, y todos los aspectos necesarios para tener claridad sobre su futuro pensional. Advierte que la declaratoria de nulidad no depende de la favorabilidad económica de un acto jurídico, sino de los vicios del consentimiento que se puedan configurar. Propuso como

excepciones la 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen pensional y la innominada o genérica* (ver contestación en páginas 237 a 261 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de febrero de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO.-DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO.-DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante LUZ MYRIAM ALFÉREZ GODOY a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 17 de julio de 1996, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora. CUARTO.- CONDENAR a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante LUZ MYRIAM ALFÉREZ GODOY como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. SEXTO.-CONDENAR en costas a la demandada*

PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias enderecho una suma equivalente a dos (2) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. SÉPTIMO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta” (Audiencia virtual, hora 1, minuto 49:22).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que los formularios de afiliación diligenciados por la demandante ante las AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA no acreditan que se le hubiese dado información suficiente al momento de suscribirlos, y advirtió que del interrogatorio rendido por la demandante no se puede entender confesión de que sí se le hubiera brindado información relacionada con las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y estimó que aún cuando la demandante se refería constantemente a su monto pensional y a la ley que lo regula, el contexto general del interrogatorio de parte permite entrever su desconocimiento y desinformación respecto al funcionamiento del RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de la parte actora, PROTECCIÓN S.A. y COLPESIONES.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro previsional. Afirma que dichos descuentos se efectuaron por mandato legal, bajo los parámetros establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, a fin de producir rendimientos sobre los aportes de la demandante y pagar a la aseguradora las pólizas de seguro, por lo que de ordenarse la devolución de dichos valores se incurriría en un enriquecimiento sin causa a favor de

COLPENSIONES en la medida en que estas sumas no están destinadas a financiar la pension de vejez de la demandante. De todas formas, considera que opera la prescripción frente al cobro de la comisión de administración, por tratarse de un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la ley (audiencia virtual hora 1, minuto 52:08)¹.

¹ “Sí, señor juez. Hago uso del recurso de apelación parcial respecto del numeral tercero de la providencia dictada por su despacho, en lo que tiene que ver con la devolución de las cuotas de administración y las primas de reaseguro, y paso a sustentarlo de la siguiente manera. Con el debido respeto, señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, dejo a consideración de su despacho este recurso de manera parcial, respecto al numeral tercero de la providencia de primera instancia, queriendo llamar la atención en lo concerniente a que no procede en este caso lo resuelto por el juez de primera instancia en el numeral tercero de este fallo, frente a la devolución de la comisión de administración y de seguro previsional, teniendo en cuenta, entonces, los siguientes argumentos. En primera medida, la comisión de administración es un descuento autorizado por la Ley 100 del 93 en su artículo 20, con modificación posterior del artículo 7 de la Ley 797 del 2003, que faculta o autoriza a las administradoras de pensiones a realizar el descuento del 3%, sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados a pensiones. Este mencionado descuento opera tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual, y se usa para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguro previsional. Como obra prueba en el expediente en el certificado de aportes trasladados y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, allí se demuestra que sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado, lo que da cuenta entonces que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada durante el tiempo de afiliación de la demandante con PROTECCIÓN S.A. Con la condena de primera instancia que está ordenando a mi representada devolver lo descontado por cuotas de administración, se está constituyendo, indudablemente, un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, porque esta administradora de este régimen está recibiendo una comisión, que ni siquiera está destinada a financiar la pension de vejez de la demandante; y adicionalmente ya se le trasladaron los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que entonces tendría incluso derecho mi representada a conservar esta comisión que ya se descontó, como restitución mutua a su favor. Al respecto de esto, me permito citar entonces el contenido del artículo 1746 del Código Civil, que dispone entonces cuáles son los efectos de la declaratoria de nulidad, que es la consecuencia jurídica que se viene aplicando a estos fallos de ineficacia; me permito citarla, abro comillas: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”; cierro comillas. En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia de la nulidad de la afiliación es que las cosas vuelven al estado anterior, en estricto sentido, y al tenor literal de esta norma como se viene aplicando en los fallos de ineficacia, se producirían las siguientes consecuencias. En primera medida, el contrato de afiliación nunca existió. Segundo, PROTECCIÓN nunca debió haber administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Tercero, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron. Y, cuarto, no existió el cobro de una comisión de administración. Sin embargo, este artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos, y el abono de las mejoras, y con base entonces en este postulado legal, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia y la nulidad de la afiliación, y se haga la ficción de que nunca existió contrato de afiliación, no debe desconocerse entonces que el bien administrado produjo unos frutos y unas

mejoras. Así las cosas, producto de la buena gestión de la administradora de fondos de pensiones que realizó de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que a su vez obtuvo rendimientos, esto entonces le da derecho a conservar la comisión de administración, si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado. Lo mencionado aquí, nos permite hablar, incluso, de unas prestaciones acaecidas, que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado, mediante la restitución completa de las prestaciones que una parte ha dado o recibido, entonces llegaríamos a la conclusión de que si la comisión de administración nunca se debió haber descontado, tampoco entonces debieron haber existido los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual. Sin embargo, este último concepto se ordena a las administradoras que se traslade. La teoría de las prestaciones acaecidas fue puesta en contexto por la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral, en sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del magistrado Eduardo López Villegas. Respecto de esta teoría este magistrado manifestó -y me permito citarla-, abro comillas: “las consecuencias de la nulidad de la vinculación, respecto de las prestaciones acaecidas, no es plenamente retroactiva, como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cavida enteramente en el derecho social. De manera que, a diferencia de propender por el retorno al estado original al momento en que se formaliza el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro han dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas en ámbito del derecho laboral y en el de la seguridad social” -cierro comillas-. Vale la pena incluso resaltar, el contenido de la sentencia SL2324 del 19 de marzo de 2019, proferida también por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la magistrada Ana María Muñoz Segura, quien luego de acceder a la ineficacia de un traslado solicitado por un afiliado y ordenar la devolución de aportes de un fondo privado a COLPENSIONES, se refirió al rol de terceros de buena fe dentro de este tipo de procesos. Y consideró para este efecto, en primera medida, que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros. Y segundo, que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena, y en ese sentido se deben mantener entonces todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe. De la misma medida, es importante reseñar que el Decreto 2555 del 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las administradoras de fondos de pensiones es vigilado, a su vez, por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que esta misma Superintendencia, en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que cuando se declara judicialmente una ineficacia de la afiliación, debe darse aplicación estricta al artículo séptimo del Decreto 3995 del 2008. Y es que este decreto establece que, cuando sea un traslado de régimen, se deben trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando en todo caso la estimación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora, que genera los rendimientos, que a su vez se están trasladando a la administradora destino, en este caso COLPENSIONES. Debe tenerse en cuenta -de manera respetuosa- que frente al cobro del 3%, destinado a comisión de administración, opera la prescripción. En primera medida porque es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la ley. Segundo, porque es un porcentaje que no está financiando directamente la pensión de vejez de las demandantes. Y tercero, porque en este tipo de procesos lo que se ha considerado como imprescriptible es el derecho a recurrir a la acción judicial que declare la ineficacia de la afiliación. Por lo tanto los créditos y obligaciones que de ella se deriven sí gozan del fenómeno de la prescripción. A su vez, le solicito respetuosamente a este tribunal, no sea obligada mi representada a devolver el valor del seguro previsional, toda vez que, primero, mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó el seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia, esta aseguradora pagara una suma adicional que financiara las pensiones por estos dos conceptos a la demandante. Segundo, este descuento se hace estrictamente por mandato legal. Las administradoras están obligadas a cubrir esta contingencia con este seguro, como un cumplimiento de la norma para sus afiliados. Y en tercera medida, esta suma ya fue pagada mes a mes a la aseguradora, mi representada se encuentra imposibilitada para recobrárselo y devolvérselo a COLPENSIONES, y no debería estarse considerando que se asuma a propio pecunio de las administradoras, teniendo en cuenta, porque además de ser

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia. Aduce que no se demostró la existencia de alguna causal para declarar la nulidad o la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y advirtió que en atención a la prevalencia del principio de sostenibilidad financiera del sistema y la aplicación del principio de la relatividad jurídica el retorno de la demandante al RPM sería gravoso para los fines y los intereses económicos de COLPENSIONES, entidad que no tuvo injerencia en el acto de vinculación de la demandante en el RAIS (audiencia virtual hora 2, minuto 3:26)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo,

un mandato legal, la no ocurrencia del siniestro no faculta a las partes para recobrar lo que se pagó por la póliza aseguradora, como lo es en este caso. En este sentido, yo dejo sustentado este recurso de apelación, solicitándole de manera respetuosa al Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, se revoque la sentencia de manera parcial respecto de mi representada y devolver estas sumas descontadas. Y muchas gracias señor juez”.

² *“Su señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones. Le solicito al honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, revocar la sentencia en su totalidad, teniendo en cuenta que, tal como se manifestó en los alegatos de conclusión de primera instancia, para esta apoderada no existe causal para declarar la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual. Solicito igualmente a los magistrados de la Sala Laboral, tener en cuenta en la totalidad, el interrogatorio de parte surtido por la demandante en la presente audiencia. Y así mismo tener en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFP’s. Así mismo, se tenga en cuenta la prevalencia del principio de la sostenibilidad financiera del sistema, teniendo en cuenta que la demandante retornará al Régimen de Prima Media, estando inmersa en la prohibición legal establecida por la Ley 797 del año 2003, ya que le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Es más, cuenta con 59 años de edad, es decir, supera por dos años la edad pensional para las mujeres, razón por la cual, teniendo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, el retorno de la demandante al régimen de prima media va a ser gravoso para los fines económicos y los intereses económicos de mi representanda. La entidad que represento ha sido siempre un tercero en los actos jurídicos celebrados por la demandante y no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la demandante de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual. De esta manera, expuestos mis argumentos del recurso de apelación. Muchas gracias”.*

por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...).

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 636.29 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 años, 2 meses y 11 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión en el RPM (tenía 57 años de edad – ver páginas 36 y 101 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por dicha entidad en las páginas 134 a 138 del expediente digital.

⁴ *Ibídem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"*; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para el efecto es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión*

meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado; en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, esta no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos en la Corte, pues contrario a ello, indicó que los asesores comerciales del fondo privado le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y en el RAIS tendría iguales condiciones que las que tendría en el RPM (audiencia virtual, minuto 16:33).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia de la actora en el RAIS o o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó en julio de 1996 a

PROTECCIÓN S.A., y posteriormente, se trasladó a la AFP SKANDIA en el mes de mayo del año 2000, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada – ver páginas 46, 193 y 262 del expediente digital.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de ambos fondos privados demandados la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, pues así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema en el precedente quen se está siguiendo (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, conociendo en consulta y apelación a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones. **CONFIRMARLA** en lo demás.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

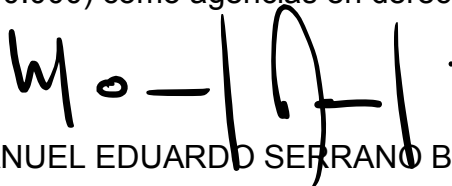


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSE RAFAEL LOBO ÁLVAREZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la misma entidad, sobre la sentencia dictada el 17 de febrero de 2021 por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSE RAFAEL LOBO ÁLVAREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS efectuado el 10 de octubre de 1997, con fundamento en que los asesores comerciales del fondo privado omitieron suministrar información necesaria, transparente, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna sobre las características de ambos regímenes

pensionales y sobre las desventajas del RAIS, y tampoco le presentaron proyecciones pensionales en cada uno de dichos regímenes. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare que el demandante permaneció válidamente afiliado en el RPM y se trasladen a COLPENSIONES los dineros y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las sumas recibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados (ver demanda en las páginas 4 a 21 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se aportaron pruebas que demuestren que la AFP COLFONDOS S.A. hizo incurrir en error al demandante para efectuar su traslado de régimen pensional, y tampoco hay pruebas de la existencia de un eventual vicio del consentimiento o de manifestación de inconformidad alguna, y advirtió que no se cumplen los presupuestos establecidos en la sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 para poder trasladarse entre regímenes pensionales en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *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 en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, compensación, y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 119 a 141 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre y con consentimiento expreso, después de que el asesor comercial de COLFONDOS S.A. le brindara información suficiente, completa y veraz sobre

las características y funcionamiento del RAIS, las diferencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, y las variables de las que dependería su mesada pensional en el RAIS (la edad y expectativa del vida del posible pensionado y los potenciales beneficiarios, el capital acumulado, y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo). Advirtió que no se demostraron vicios en el consentimiento que prestó el demandante para el momento del traslado, que la voluntad de afiliación fue ratificada por el actor con su permanencia y los traslados horizontales que realizó entre fondos privados del RAIS, y que se encuentra prescrita la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, ausencia de vicios en el consentimiento y la innominada o genérica* (ver subsanación de la contestación en las páginas 178 a 200 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de febrero de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JOSÉ RAFAEL LOBO ÁLVAREZ a través de COLFONDOS S.A., de fecha 10 de octubre de 1997. TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. CUARTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JOSÉ RAFAEL LOBO ÁLVAREZ como afiliado al Régimen de Prima Media con*

Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (2) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES. SEXTO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta” (Audiencia virtual hora 1, minuto 10:00).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS S.A. no acreditó haber suministrado al demandante información clara, suficiente y oportuna sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, y sobre las eventuales consecuencias negativas y positivas que podía acarrear la decisión de traslado, y advirtió que el formulario de afiliación no es prueba del consentimiento y que la acción para solicitar la ineficacia del traslado del régimen pensional no prescribe.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, y de forma subsidiaria, se ordene a COLFONDOS S.A. pagar los perjuicios que se derivan de la ineficacia del traslado. Afirma que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico suscrito entre el demandante y COLFONDOS S.A., por lo que en atención al principio de relatividad jurídica no se podría ver perjudicada por la declaratoria de ineficacia de dicho acto. Además, señaló que recibir al demandante entre sus afiliados afecta el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y por ello, de confirmarse la decisión dictada en primera instancia, pide que se le ordene a COLFONDOS S.A. pagar a favor de COLPENSIONES los perjuicios económicos que se deriven de reactivar la afiliación del actor en

el RPM, de conformidad con la teoría del daño del derecho civil (audiencia virtual hora 1, minuto 11:40)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo,

¹ “Sí, su señoría, Colpensiones sí presenta el recurso. Su señoría estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral en contra de la sentencia que se acaba de proferir; recurso que sustento en los siguientes términos, su señoría. Solicito a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad, toda vez que el a-quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiéndose que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP COLFONDOS, y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos interpartes, por lo cual, independientemente de las decisiones adoptadas por el juez, en razón a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma, pues como se ha manifestado, COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por el actor. Por lo que solicito al honorable Tribunal de la Sala Laboral que no se condene a mi representada a recibir a la parte actora como afiliado, de nuevo, al Régimen de Prima Media, pues con esta decisión consecuencial a la declaratoria de inexistencia, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 1 del 2005, pues en caso de esta condena debe tenerse en cuenta el impacto en el Producto Interno Bruto y en la reserva pensional, que día tras día se ha venido afectado de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos. De igual forma, le solicito a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual la AFP que faltó a su deber legal de información, no acarree graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia; pero COLPENSIONES, quien es mi representada, quien como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico, sí las acarrearán, pues con el ingreso de la actora al Régimen de Prima Media existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales, lo cual genera –como ya se dijo- un alto impacto en el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines, pues el actor ingresa después de más de 24 años a un régimen que no lo tuvo en cuenta para sus reservas y cálculos financieros. En últimas, si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar el retorno del demandante al Régimen de Prima Media, solicito al Tribunal condene a la AFP que incumplió su deber legal de informar al afiliado, pague a mi representada COLPENSIONES los perjuicios económicos que ello genera para mi representada. Lo anterior, en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil, quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como lo es COLPENSIONES. De esta manera dejo sustentado el recurso presentado, reiterando al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito introductorio. Finalmente, manifiesto que el presente recurso podrá ser ampliado en el momento procesal pertinente ante el Tribunal Superior de Bogotá. Gracias su señoría”.

por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...).

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 36 años de edad y había cotizado 466,86 semanas²; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 8 años, 2 meses y 15 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para la alcanzar la edad de pensión (tenía 58 años – ver páginas 22 y 69 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

² Ver historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES a folios 142 a 147 del expediente digital.

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*" (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable "*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*", y la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen*

igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia-Corporación estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado; en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, que una asesora legal de COLFONDOS S.A. lo abordó en un pasillo de la empresa y en una charla de duró aproximadamente 10 minutos, le dijo que se podía pensionar a los 50 años debido al salario que devengaba. Además, dijo que no le hicieron ninguna proyección pensional comparativa al momento de realizar la afiliación al RAIS, ni le informaron sobre los eventuales riesgos que podría implicar su traslado a COLFONDOS S.A. (Audiencia virtual, minuto 14:23).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca*

produjo efectos” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); la declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, dando respuesta a los argumentos de la apelación interpuesta por COLPENSIONES, se adicionará la sentencia apelada para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones. Cabe advertir que en este momento el Tribunal no cuenta con los elementos suficientes para pronunciarse de manera concreta de los daños o perjuicios que se derivan de la ineficacia del traslado, pues aún no se ha efectuado reconocimiento de prestaciones pensionales en favor del demandante.

SIN COSTAS en la apelación.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN VICENTE AZUERO GUERRERO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y
SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 10 de febrero de 2021 por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Karen Julieth Nieto Torres, identificada con T.P 280.121, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido, y téndase a la doctora Leidy Yohana Puentes Trigueros, identificada con T.P. 152.354, para actuar como apoderada de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme el poder conferido mediante la Escritura Pública No. 1888 de la Notaría 43 de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JUAN VICENTE AZUERO GUERRERO presentó demanda contra SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la ineficacia o anulación de su traslado del RPM al RAIS efectuado en el mes de septiembre de 1997, con fundamento en que los asesores comerciales del fondo privado omitieron suministrar información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas o inconvenientes con la vinculación en dicho régimen, y en general las implicaciones del traslado del régimen pensional. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare ineficaz la afiliación del actor en COLPENSIONES, se trasladen a dicha entidad los aportes que realizó en el RAIS y se contabilicen para efectos pensionales las semanas cotizadas en dicho régimen (ver páginas 7 a 22, archivo No. 0.1 del expediente digital).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación después de recibir asesoría sobre la naturaleza de dicho régimen pensional, las modalidades de pensión, y las condiciones de acceso a la pensión de vejez anticipada, cumpliendo las disposiciones legales vigentes para que la vinculación naciera a la vida jurídica y surtiera efectos, sin que hubieran ocurrido vicios en el consentimiento. Además, señaló que el demandante realizó varios traslados entre administradoras del RAIS, pues se afilió a la AFP PENSIONAR S.A. (hoy SKANDIA) el 26 de agosto de 1997, y se afilió a la AFP SKANDIA el 1° de octubre de 2006, con traslado procedente de la AFP COLFONDOS S.A., y manifestó que no se puede aplicar el precedente jurisprudencial trazado por la Corte Suprema de Justicia pues el demandante no era beneficiario del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima

de adquirir su derecho pensional en el RPM. Propuso como excepción previa la de *no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*, a fin de que se vincule a la AFP COLFONDOS S.A al proceso, y propuso como excepciones de mérito las siguientes: *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuesto fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica* (ver archivo No. 0.3 del expediente digital).

También contestó la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la vinculación del demandante al RAIS goza de plena validez y legalidad, pues se hizo de manera libre, espontánea y voluntaria, sin que se demostrara la existencia de vicios del consentimiento (por error, fuerza o dolo), y advirtió que es improcedente el retorno del demandante al RPM, pues ello afectaría el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema si se tiene en cuenta que el afiliado se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales (actualmente cuenta con 64 años de edad y no cuenta con 15 años de servicios cotizados para el 1° de abril de 1994). Propuso como excepciones las siguientes: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado,*

prescripción y la innominada o genérica (ver archivo No. 0.5 del expediente digital).

Mediante auto proferido el 13 de octubre de 2020, el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción previa de falta de integración al litis consorcio formulada por la AFP SKANDIA, y dispuso la vinculación de la AFP COLFONDOS S.A. al proceso (audiencia virtual No. 1 – archivo No 0.12 del expediente digital).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. mediante apoderado, contestó la demanda. No se opuso a las pretensiones de la demandada ni propuso excepciones de mérito, pues las pretensiones están dirigidas contra la AFP SKANDIA y COLPENSIONES. Sobre los hechos que fundamentan la demanda adujo que el demandante se afilió a COLFONDOS S.A. en el año 2001 de manera libre, voluntaria e informada, y solicitó que se le absuelva de la condena en costas y agencias en derecho (ver archivo 0.13. del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 10 de febrero de 2021 mediante el cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JUAN VICENTE AZUERO GUERRERO a través de la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de fecha 26 de agosto de 1997, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. TERCERO: CONDENAR a la vinculada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que haya descontado por concepto de aportes al Sistema General de Pensiones por*

concepto de gastos de administración y seguros previsionales durante el tiempo que el demandante JUAN VICENTE AZUERO GUERRERO estuvo afiliado a esta administradora. CUARTO: CONDENAR a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante JUAN VICENTE AZUERO GUERRERO durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, incluyendo gastos de administración, seguros previsionales y los rendimientos que hayan generado. QUINTO. ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JUAN VICENTE AZUERO GUERRERO como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. SEXTO. CONDENAR en costas a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (2) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. SÉPTIMO. - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta” (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 30:07).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP SKANDIA S.A. no acreditó haber suministrado al demandante información clara, suficiente y oportuna sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, y sobre las eventuales consecuencias negativas y positivas que podía acarrear la decisión de traslado, y advirtió que el formulario de afiliación no es prueba suficiente del consentimiento. Además, estimó que como consecuencia de la ineficacia no existe fundamento legal para que las administradoras SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y COLFONDOS S.A. perciban o realicen descuento alguno sobre los aportes por el porcentaje que corresponde a los gastos de administración y seguros previsionales, y

advirtió que si COLPENSIONES considera que se le genera un perjuicio con el actuar de los fondos privados de pensiones, está en la facultad de adelantar las acciones legales que estime pertinentes para resarcir los perjuicios que se le causan.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y COLPENSIONES.

En recurso de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. su apoderada pide que se revoque la sentencia dictada en cuanto la condenó a la devolución de gastos de administración y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. Afirma que como consecuencia de la nulidad o ineficacia de la afiliación lo procedente es trasladar los saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual que corresponde a los aportes y rendimientos generados, conforme lo ha expresado la Superintendencia Financiera en la materia, pero no los gastos de administración ni las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes, pues estos ya fueron utilizados para el cubrimiento de las pólizas de seguro y los gastos propios de la AFP. Además, advirtió que: (i) no se efectuó un debate previo o pronunciamiento respecto de los gastos de administración en el desarrollo del proceso, por lo que se están quebrantando los derechos a la defensa, debido proceso y contradicción, (ii) la jurisprudencia y el precedente de la Corte Suprema Sala Laboral en la que se ordenó la devolución de los gastos de administración no puede ser aplicada en todos los casos, pues comparten los mismos supuestos fácticos (audiencia virtual No 2, minuto 1:34:35)¹.

¹ “Sí señor Juez, en este momento me permito interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia por usted proferida en el sentido en que sustentando este recurso en los siguientes términos. En lo referente al numeral 4 en donde se obliga a mi representada a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los dineros que haya descontado por concepto de aportes al Sistema General de Pensiones incluyendo los gastos de administración y los seguros previsionales durante el tiempo en el que el señor Azuero estuvo vinculado a mi representada y junto con esos frutos, esto en recurso se da en lo concerniente con los gastos de administración teniendo como fuente legal que es dable mencionar que los términos que se dispuso el legislador colombiano en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 establece que la

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES solicito que se revoque la decisión dictada en primera instancia. Afirma que del interrogatorio de parte practicado al demandante y de las pruebas documentales allegadas al Despacho se puede concluir que lo que se presentó fue un error de derecho que fue subsanado con la suscripción de los formularios de afiliación y la

tasa de cotización es de un porcentaje, en este caso del 13,5% del ingreso base de cotización, cifra que con posterioridad vino siendo modificada. En el régimen de ahorro individual con solidaridad, estableció que el ingreso base de cotización se destinaria en un porcentaje del 10% hacia las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% del ingreso base de cotización al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual RAIS) y un 3% para financiar gastos de administración, primas de seguro en Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y de sobrevivientes. En concordancia con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 señala que los traslado entre regímenes se efectuarán de la siguiente manera: cuando se trate de la administradora del RAIS deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados en la respectiva cuenta individual del fondo de garantías de pensión mínima del RAIS, multiplicando el valor de la unidad vigente para las operaciones del día con que se efectúe el traslado, para todo lo demás efectos de cotización, deberá incluir el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima RAIS. En ese orden de ideas y trayendo también como un precepto legal esta la circular el concepto radicado 2019 152169- 003-000 del 15 de enero del 2020 en donde la Superintendencia Financiera señala que pues al decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación, procede el traslado de los saldos en la cuenta individual que incluya lo correspondiente a los aportes, a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuados por la administradora, los porcentajes a pensión mínimos y su respectivo rendimiento, pero en lo concerniente a los gastos de administración y a las prima de seguro de Fogafin y a las primas de seguro de invalidez y/o sobreviviente realmente, pues concluye que no son posibles reintegrarlos por concepto de que estos ya fueron sufragados y ya fueron utilizados con destino al pago de la póliza para cubrimiento de seguros de invalidez y muerte y pues para sufragar también obviamente los gastos de administración propios de la AFP, de ahí que determinado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del hoy demandante y por tanto no se encuentra ni siquiera en arcas de la AFP, igual no es posible reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración teniendo en cuenta que dichos recursos fueron utilizados para la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, se dio la ineficacia del traslado pues solamente se debe devolver los aportes del mismo, así como lo ha establecido el legislador. Ahora bien, surge la inquietud con respecto también de las facultades que emplea el juez en primera instancia, eso es ultra y extra petita, pues hasta antes de la sentencia no se había en ningún momento hecho algún pronunciamiento respecto de los gastos de administración, ahora el juez en primera instancia ordena la devolución de los gastos de administración pero sin haberse efectuado un debate previo al mismo y sin que en el escrito de la demanda ni en las pretensiones se mencione algo en lo concerniente a mismo o se solicite en su parte petitoria quebrantando de esa manera los derechos a la defensa, al debido proceso y a la contradicción. Ahora bien, no todos los casos son facticos, son exactamente iguales, en la jurisprudencia y en el precedente que existe ya por la Corte Suprema Sala Laboral en lo concerniente a ordenarse la devolución de los gastos de administración se surten con fundamento con unas características diferentes a las estudiadas en el presente caso, entonces en ese orden de ideas pues de manera respetuosa solicito al señor Juez que pues, al honorable, a los honorables magistrados del tribunal Superior de Bogotá, la Sala Laboral que pues tengan de presente y revoquen de manera parcial la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y dos laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de que los gastos de administración no tengan que devolverse ni que reintegrarse o pagarse a favor de COLPENSIONES. Muchas gracias”.

vocación de permanecer vinculado en dicho régimen. Además, manifiesta que en la actualidad el demandante cumple la edad para adquirir el derecho pensional (65 años de edad), por lo que se encuentra inmerso en la prohibición legal enmarcada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y de aceptar su retorno al RPM, se estaría afectando la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional (audiencia virtual No 2, hora 1, minuto 41:22)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

² “Si, su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por el Despacho para que se revoque la decisión y absuelva a mi representada toda vez que del interrogatorio de parte y de las pruebas documentales allegadas se permite establecer que no existe un error de hecho sino derecho, el cual, con el paso del tiempo pues fue subsanado no solamente por la voluntad que se plasmó al momento de suscribir el formulario de afiliación, sino por su vocación de permanecer en el régimen de ahorro individual que se dio por un período prolongado por parte del aquí demandante. Téngase en cuenta también que la parte demandante, el señor Azuero se encuentra inmerso en la prohibición de la ley enmarcada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 del mismo año que establece la prohibición de los 10 años anteriores a la fecha de adquirir su derecho de pensión teniendo en cuenta que en la actualidad pues el demandante tiene 65 años de edad, por lo que no es dable acceder al traslado de régimen que ha solicitado por el aquí actor. Adicional a lo anterior al permitir el traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema, en el sentido de que la cotización entre un régimen y otro varía y al trasladarse a Colpensiones los rendimientos financieros, pues no serían lo, en el momento del reconocimiento pensional pues estos no serían los mismos, afectando los intereses de mi representada. Por lo cual solicitó a los honorables Magistrados se sirvan revocar la sentencia proferida y en consecuencia se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones. Muchas gracias”.

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas que para la fecha en que el demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 41 años de edad y había cotizado 891 semanas³; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

³ Ver historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES (páginas 49 a 53, archivo No 05 del expediente digital).

de cotizaciones al Sistema (tenía 14 años, 1 mes y 17 días), y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado el requisito de edad de la pensión de vejez (tenía 64 años – ver páginas 23 y 64 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia,*

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁵ Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”. En este sentido: (i) “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la

sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP SKANDIA S.A. (por absorción de la AFP PENSIONAR S.A.) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello indicó que siendo gerente general de la empresa HOLCIM PREMEZCLADOS SA, el grupo de ejecutivos de la empresa recibió la asesoría de una agente comercial de la AFP PENSIONAR S.A. quien les informó que en el fondo privado se podían pensionar en cualquier tiempo, que podían retirar excedentes de capital, y si bien reconoció que realizaron una simulación muy básica, también dijo que no les explicaron qué tenían que hacer para pensionarse de forma anticipada, ni las diferencias entre los regímenes pensionales (audiencia virtual No 2, minuto 12:41).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un “*saneamiento*” la ratificación del actor por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 26 de agosto de 1997 a PENSIONAR S.A. (hoy SKANDIA S.A.), posteriormente se trasladó el 10 de julio de 2001 a la AFP COLFONDOS, y el

18 de agosto de 2006 a SKANDIA, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado (ver formularios de afiliación y el historial de vinculaciones SIAFP en el archivo 03 y 13 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de ambas AFP's la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación en dichas administradoras, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Con igual criterio se deben devolver las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía el juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Adicionalmente, conociendo en consulta y dando respuesta a los argumentos de la apelación interpuesta por COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones. Si bien ello fue advertido por el juez de

primera instancia en la parte motiva de la sentencia, no quedó consignado en la parte resolutive de la decisión.

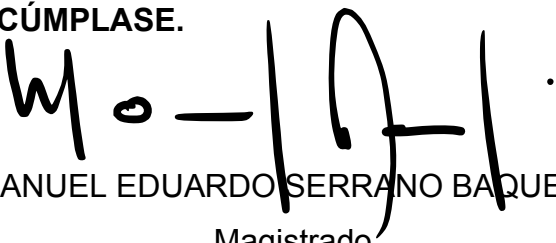
COSTAS en la apelación a cargo de la AFP SKANDIA S.A.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 32 2020 00077 01

Juan Vicente Azuero Guerrero Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otros

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho a cargo de la AFP SKANDIA S.A.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ARTURO MACÍAS
RODRÍGUEZ CONTRA PRICESMART COLOMBIA SAS.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) días de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada del demandante contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2020 mediante la cual se absolvió a la demanda de las pretensiones de la demanda.

El Tribunal conforme lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Mediante apoderada, JOSÉ ARTURO MACÍAS RODRÍGUEZ presentó demanda contra la sociedad PRICESMART COLOMBIA SAS para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare culpa patronal por los accidentes de trabajo ocurridos el 16 de julio de 2015, el 11 de septiembre de 2015 y el 28 de septiembre de 2015 que generaron una pérdida de capacidad laboral del 5.1%. Afirma que el accidente inicial se produjo al tropezar contra una estiva de madera y no fue reportado como tal por el empleador, el segundo se produjo al chocar con el “tope” de una

puerta de 15 centímetros de alto que ocasionó su caída y un golpe en la rodilla, y el tercero al levantar una caja de 15 kilos cuando sintió un “desgarre” de la rodilla. Pide que se condene a la empresa demandada a pagar perjuicios materiales, morales, y “*perjuicios por daño en salud*”, lo que se demuestre ultra y extra petita, y a pagar las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido relata que el 16 de julio de 2015 se encontraba dentro de las instalaciones de la empresa en labores de inventario y al levantar un bulto de comida para perros se tropezó con la tarima (estiba de madera) resbalándose y golpeando su rodilla; aduce que la empresa le indicó que dijera a la EPS que se cayó jugando fútbol y por ello no se reportó el accidente laboral. El 11 de septiembre a las 11:00 p.m. estando en las instalaciones de la empresa se dirigió al baño y tropezó con un tope de 15 cm que detenía la puerta, lo que ocasionó su caída y un fuerte golpe a la rodilla derecha. El 28 de septiembre de 2015 a las 12:45 pm en cumplimiento de sus funciones y al levantar una caja de aproximadamente 15 kilos sintió un desgarre en la rodilla situación de la cual se hizo el reporte pertinente que no se envió a la ARL pese a que por dicho accidente se derivó incapacidad de 5 días y limitaciones físicas y deportivas de 30 días con anotación de que el caso debía enviarse a medicina laboral. Dice haber solicitado los documentos de sus reportes de accidentes sin obtener respuesta, por lo que tuvo que interponer acción de tutela, y que el 12 de noviembre de 2015 debido a la gravedad de su salud el tratamiento médico fue asumido por la EPS. Indica que por el trato que se le dió por parte de la empresa ha tenido dolores graves de cabeza, tratamiento psiquiátrico, ha dejado de laborar con permisos no remunerados, y ha sido objeto de diligencias de descargos por insistencia y de la sanción de 1 día de suspensión (folios 2 al 22).

Notificada la demanda fue contestada oportunamente por la sociedad PRICESMART DE COLOMBIA SAS mediante apoderado, quien aceptó unos hechos y se opuso a las pretensiones con fundamento en que el 16 de julio de 2015 el demandante no sufrió ningún accidente laboral, y los otros dos

accidentes que refiere la demanda no fueron causados por culpa de la empresa. Se opuso al pago de los perjuicios solicitados por considerar que no tienen fundamentos jurídicos ni facticos, pues la pérdida de capacidad laboral decretada por el demandante ya fue indemnizada por la ARL, no es posible alegar lucro cesante cuando el empleado ha seguido devengando su salario y prestaciones, y de todas formas no hubo culpa patronal. Propuso como excepciones *cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de la culpa patronal- incumplimiento de la carga de la prueba, buena fe, prescripción, compensación y subrogación de riesgos en el sistema de la seguridad social* (folios 468 a 490 y subsanación 657 a 679).

Mediante sentencia dictada por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2020 se absolvió a la demandada. Para tomar su decisión el Juez de instancia encontró probado un solo accidente de trabajo el día 11 de septiembre de 2015, y concluyó que no se probó responsabilidad o culpa de la empresa conforme lo establece el artículo 216 CST. La parte de resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *PRIMERO: ABSOLVER a la demanda de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta Providencia. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe alegadas por la parte demandada PRICESMART por las razones expuestas. TERCERO: CONMINAR a las partes a mantener su relación contractual en el cumplimiento de las obligaciones que le asistan a cada una de ellas, sin que la jurisdicción pueda intervenir en declaración alguna respecto de dicho vínculo contractual. CUARTO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de la parte demandante, cómo agencias en derecho se señalan 0.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*” (Expediente digital Minuto 38:28)

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandante pide que se dicten las condenas reclamadas. Aduce que el 16 de julio del año 2015 sí existió un accidente laboral pues si bien ocurrió por fuera de la jornada de trabajo el demandante cumplía funciones de inventario, pide tener en cuenta que el Representante Legal en su momento aceptó la ocurrencia de dicho accidente. Frente al accidente ocurrido el 12 de septiembre del 2015 afirma que se hizo el reporte ante la ARL pero quedó mal hecho pues se indicó que el trabajador se había lesionado la rodilla izquierda y el daño ocurrió en la derecha lo que generó demoras de la ARL en la atención, y como prueba de ello está la tutela que lo amparó, frente a la causa de este accidente afirma que si bien no hay fotos del tope de 15 cm en la puerta del baño la demandada confesó su existencia e indicó que efectivamente se usaba para trancar las puertas lo que generaba un riesgo de causar la caída de cualquier persona. No se pronunció sobre el tercer accidente que la demanda afirma ocurrido (Minuto 39:29)¹.

¹ “Gracias Señor Juez. quisiera interponer el recurso de apelación respectivo, ante el Tribunal superior de Bogotá, para que se analice lo siguiente. En cuanto a lo primero que se revisó por el despacho, el despacho 33 laboral del circuito en cuanto a la existencia o no del accidente del 16 de julio del año 2015, quisiera que se tuviera en cuenta por parte del tribunal que como bien se indicó en los hechos de la demanda y que no fue esto tomado como un hecho incierto, sino fue tomado también como cierto por la demandada, el día del accidente, el 15 de julio, el demandante estaba en inventario en la empresa, por ende la jornada de trabajo no estaba aplicada a la que ordinariamente laboraba sino una adicional debido al inventario que estaba realizando en esa fecha, y es de tener en cuenta también que como bien lo refirió el señor Mauricio en su momento recolección la existencia de tres eventos frente a este colaborador. En cuanto también a lo sucedido para el 12 de septiembre del 2015 y que el despacho valoró el informe probatorio en todo lo pertinente, quisiera hacer alusión a lo siguiente: el 12 de septiembre se causó este accidente de trabajo, se hizo el reporte ante la ARL, un reporte que fue mal hecho cómo está aprobado en las documentales, el reporte indicó que se había lesionado el trabajador en la rodilla izquierda, esto causó que la ARL no brindara la atención médica pertinente, causó que varios meses estuviera el demandante solicitando los documentos pertinentes a la empresa para agregarlos a la ARL y que le diera una atención pronta médica, prueba de ello es incluso una tutela, en la cual se amparo la solicitud de estos documentos, pues la ARL siempre negaba la atención médica debido al reporte que realizó la empresa empleadora en su momento. Adicional a ello, es de tener en cuenta lo siguiente, bien, como el despacho lo indica, si bien no hay fotos frente a la existencia de un tope de 15 cm que estaba ubicado en el tope de la puerta, es de tener presente que así como lo indicó el demandante, la demandada aceptó y confesó la existencia de dicho toque, indico que efectivamente esto se usaba para trancar las puertas. Adicional a ello, con base como también se indicó por el demandante siendo confesa esta situación, pues iría contra la realidad que efectivamente poner un tope en una puerta para trancar la se ha da un hecho de poner alguna seguridad, al contrario, este elemento en un lugar donde se transita es un riesgo que puede causar la caída de cualquier persona, y sabemos que incluso en nuestras casas iría contra la realidad poner un tope en una puerta cuando sabemos que transitamos si es posible que nos podamos tropezar. Entonces con base en ello, la empresa tuvo dos incidencias en este evento 1) El haber realizado el poner el tope lo cual causaba un riesgo en el tránsito para los

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en el proceso los siguientes hechos pertinentes a la materia que debe resolver el Tribunal en segunda instancia: i) que entre JOSE ARTURO MACIAS RODRÍGUEZ y PRICESMART COLOMBIA SAS se ejecuta un contrato de trabajo de término indefinido desde el 21 de enero de 2015 el cual se encuentra vigente; ii) que el actor se desempeña como ESTIBADOR DE MERCANCÍA y devengaba para el año 2019 \$1.069.000 como salario mensual. Estos hechos se corroboran además con los documentos de folios 32, 35 a 37 491 a 497 y la declaración de parte que rindió el demandante (Cd 3 minuto 22:56). Tampoco se controvertió la decisión apelada en cuanto no encontró demostrada la ocurrencia de accidente de trabajo el día 28 de septiembre de 2019 o que dicha situación le fuera imputable al empleador, sobre este aspecto de la sentencia apelada no se propuso argumento alguno.

El Tribunal debe resolver las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66A del CPL), a saber: si se demostró o no culpa patronal en los accidentes de trabajo que se alegan ocurridos el 15 de julio y el 28 de septiembre de 2015.

colaboradores, siendo esto un elemento que va en contra total de la seguridad de lo que hoy en día conocemos como la seguridad en la salud en el trabajo y, adicional a ello con base en ello se buscaba la seguridad de la puerta del baño. Esto causó este riesgo y, adicional a ello por la negligencia de la empresa en haber realizado el reporte del accidente de trabajo en debida forma causó que la ARL no brindará la atención médica pertinente al colaborador. Esto causó que una atención médica que podía demorarse unos días se demorara meses, en donde causó que la rodilla del empleado pues causará o sufrirá mucho más desgaste y se deteriorará muchísimo más la salud del colaborador que para entonces tenía 27 años, una persona joven, lo digo porque como efectivamente está en las pruebas documentales se indicó que había sido un daño la rodilla izquierda, después la empresa trató de enmendar la situación reportó fue un ojo, y ahí están las pruebas documentales En donde reportó de una manera errada los accidentes de trabajo y eso causó que no brindarán una asistencia médica oportuna la ARL. Con base en eso quisiera que por favor el Tribunal tuviera en cuenta el cómo la empresa, pues, ocasiona este riesgo y adicional a ello omitió su deber de reportar adecuadamente un accidente de trabajo para pues así mismo cumplir con sus obligaciones a cabalidad en cuanto a esa protección que debe brindar a su colaborador. Solicito por favor al Tribunal, que tenga en cuenta las pruebas que están obrantes en el proceso, la confesión que también hizo la parte demandada, y con base en ello se revoque la sentencia aquí proferida, y se busque en pro del beneficio del colaborador y su protección en la organización pertinente, pues, es una persona de aproximadamente 30 años de edad y tiene una calificación de más de un 10% por pérdida de la capacidad laboral de su rodilla, No siendo más, dejó sustentado mi recurso de apelación en los anteriores términos. Muchas gracias”.

Para el efecto el artículo 216 del CST dispone para el empleador sobre quien se demuestre *con suficiencia* la existencia de culpa en la ocurrencia de accidentes o enfermedades profesionales de los cuales se deriven secuelas, la obligación de pagar la indemnización total y ordinaria de los perjuicios que sufra el trabajador, pudiendo descontar de las sumas que llegue a adeudar las prestaciones en dinero que haya reconocido. Esta norma impone a los empleadores la adopción de acciones concretas y suficientes para la prevención de riesgos laborales y sanciona cualquier omisión comprobada en dicho deber con la obligación de pagar la indemnización de todos los daños que se pudieran causar a los trabajadores.

Frente a esta responsabilidad, reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que si bien la carga de probar la diligencia debida la tiene el empleador, para que tal defensa se pueda ejercer adecuada y válidamente en un proceso judicial el demandante debe indicar cuáles fueron las acciones u omisiones *concretas y específicas* del empleador de las cuales se pudo derivar el accidente o la enfermedad que generó los perjuicios.

El debate se centrará entonces en consecuencia en la ocurrencia o no de dichas omisiones específicas, y/o si ellas constituyen o no una falta al deber de prevención de riesgos en el puesto que ocupaba el trabajador.

Bajo estos criterios y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó el pago de indemnización de perjuicios por culpa patronal, pues (i) no se demostró que la situación de salud del demandante ocurrida el 16 de julio de 2015 fuera un accidente de trabajo, y (ii) tampoco se demostró frente al accidente de trabajo ocurrido el 15 de septiembre de 2015 que las acciones u omisiones señaladas en la demanda como causa de los padecimientos del demandante, constituyan una falta al deber de cuidado o prevención de riesgos laborales del empleador.

(i) Frente al accidente laboral que el demandante alega ocurrido el 16 de julio de 2015 ninguna prueba aportada al expediente es útil para demostrar su ocurrencia. El único testigo que declara en esta materia (JONATHAN DARIO GONZALEZ CD 3 Minuto 36:19) dijo que él *cre*e que hubo un accidente que se había reportado como una contingencia jugando fútbol, pero no sabe nada más. Tampoco son pertinentes los documentos que obran en folios 38 a 44 (historia clínica general de COLSUBSIDIO del actor del 17 de julio de 2015) pues de ellos lo único que se puede extraer es la situación de salud del demandante, pero no que las lesiones se hubieran producido *por causa o con ocasión del contrato de trabajo* como lo exige la Ley 1562 de 2012².

Además, frente al hecho que se alega ocurrido el 16 de julio de 2015 ninguna conducta específica de omisión por parte del empleador se adujo en la demanda como causa de un eventual accidente lo que excluiría -de todas formas- el estudio de su eventual responsabilidad.

(ii) En cuanto al accidente ocurrido el 11 de septiembre de 2015 -reportado por el empleador- no se adujo una conducta específica de omisión de un deber de prevención de riesgos del empleador. Según el reporte del accidente que obra en folio 46 a 48 y 588 a 591 este ocurrió porque -en palabras del trabajador- *“al ingresar al baño de personal el soporte que mantiene la puerta abierta tope se encontraba en forma horizontal, con el cual tropecé y al caer la rodilla derecha impactó contra el piso”*. Sin embargo, no se demostró que hubiera *topes* en las puertas que pusieran en peligro la salud de los trabajadores o que estos constituyan una omisión al deber de prevención de riesgos laborales del empleador, menos aún que los elementos que pudieran existir en el contorno de las puertas pusieran en riesgo especial la seguridad de las personas, o que la demandada hubiera hecho caso omiso a una instrucción específica en esta materia que se hubiera dictado por la ARL o por el Comité Paritario de Seguridad y Salud en

² Por el contrario, en el folio 38 se indica sobre dicho accidente: *“CLASE DE INCAPACIDAD: Enfermedad General (...) paciente con cuadro clínico de más o menos 6 horas de evolución*

el trabajo, o que estuviera definida en el Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial.

Tampoco se demostró, en el contexto del informe rendido por el trabajador, que el tope de la puerta estuviese en colocación *horizontal* o que ello le fuera imputable al empleador y el accidente hubiera tenido causa eficiente en dicha situación y no en el descuido del trabajador³. La demandada afirma que la caída tuvo origen en un descuido del trabajador, y el demandante presentó como testigo directo de la forma como ocurrió el suceso a su compañero de trabajo JONATHAN DARIO GONZALEZ quien -dice- iba detrás de él cuando se lesionó, sin embargo esta persona dejó claro (CD 3 Minuto 34:40) que para septiembre de 2015 -no recuerda día- estaba laborando con el demandante en el turno de noche, que salió a comer, y cuando volvió el demandante estaba en la enfermería y *le informaron* que acababa de ocurrir un accidente en el baño.

Si bien este accidente fue reportado inicialmente como un golpe en la rodilla izquierda, los documentos que obran en folios 56 a 62 demuestran que tal error no incidió en su tratamiento médico como accidente laboral que se llevó a cabo en la Clínica del Occidente por *“trauma en rodilla derecha”*, cuya atención inicial se dio esa misma noche (el 12 de septiembre a las 2:42 a.m.) cuando se ordenaron resonancias en la rodilla derecha por el ortopedista CARLOS ESTEBAN LÓPEZ (folios 61 a 65).

Nada se obtiene sobre culpa de la demandada de la sentencia de tutela obrante a folio 99 a 104⁴, pues en ella se hace un llamado de atención al representante legal para que conteste un derecho de petición (94 a 96).

consistente en caí de altura con trauma contundente en rodilla derecha con lateralización externa, dificultad para la flexión”

³ La demandada no confesó estos hechos, el audio del interrogatorio al Representante Legal, ANDRES FELIPE ROMERO (Cd 3 minuto 26:49) lo único que reconoce es que “(...) todas las puertas tienen topes del sistema para que se cierre automáticamente”

⁴ TUTELA JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS – PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de petición (...) SEGUNDO: HACER UN LLAMADO DE ATENCIÓN AL REPRESENTANTE LEGAL DE

Se confirmará entonces la sentencia apelada, reiterando que la decisión sobre el accidente que se alega ocurrido el 28 de septiembre de 2015 a la 1:30 a.m. no fue objeto de apelación, ni se alegaron en la demanda omisiones específicas del empleador en dicho acontecimiento. Pero de todas se demostró que el demandante fue atendido en la Clínica del Occidente (folios 76 a 78), y que la sociedad demandada atendió las indicaciones de la EPS y del programa de salud ocupacional de la empresa, pues mediante otro sí al contrato (folios 327 y 529) le propuso al actor un nuevo cargo (AUXILIAR DE MANTENIMIENTO) con responsabilidades que se adecuaban a las recomendaciones de salud, pero éste no aceptó, por lo cual (folio 531) se acordó que a partir del 22 de febrero de 2016 se le mantendría en el cargo de ESTIBADOR DE MERCADERÍA pero en horario diurno, desarrollando pausas activas, con descansos (sentado en el área de trabajo cuando lo considere necesario el trabajador), y precaviendo las autorizaciones pertinentes de su jefe inmediato para controles, citas médicas, terapias, entre otros.

Debe advertirse además que la demandada demostró en el proceso que en sus dependencias operan los programas y comités de Salud Ocupacional previstos en la ley para la prevención de accidentes de trabajo, que al demandante se le brindó capacitación suficiente sobre las funciones que realiza (declaración de JULIO ROBERTO PEÑA Cd 3 minuto 39:09), y que la empresa cumplía las instrucciones y normas dispuestas para la prevención de los riesgos laborales (folio 510 a 516).

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

RESUELVE

PRICESMART COLOMBIA S.A para que la persona encargada de responder los derechos de petición los envíe a la dirección aportada por los peticionarios y así evitar desgastes innecesarios a la administración de justicia”.

- 1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la parte demandada.

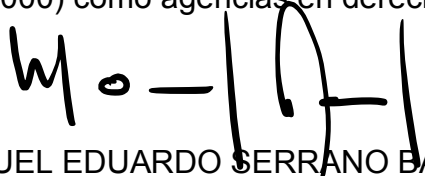
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES ROSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ CHARRY
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2020 por el Juez Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ CHARRY presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 31 de mayo de 1999, con fundamento en que la decisión de traslado no estuvo precedida de la comprensión suficiente y el real consentimiento para adoptarla, pues no recibió asesoría por parte del fondo

privado y, por lo tanto, no se le informó sobre las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, tampoco se le ilustró sobre la fecha de rendición del bono pensional, la diferencia en la distribución de las cotizaciones entre un régimen y otro ni sobre la posibilidad de regresar al RPM con la expedición de la Ley 797 de 2003. Advierte, que el 19 de julio de 2018 solicitó el traslado de los aportes a Colpensiones, el cual fue negado. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, que la única afiliación válida al Sistema General de Pensiones es la efectuada al ISS hoy Colpensiones y, que se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual (ver demanda en folios 2 a 11 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación es válida toda vez que la demandante declaró su consentimiento de afiliación al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 51 a 65 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, manifestación de la voluntad que se expresó con el diligenciamiento y firma del formulario de afiliación. Además, señaló que no se evidenció ningún tipo de vicio en el consentimiento, y advirtió que la actora no era beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios. Propuso como excepciones: *declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., buena fe*

por parte de AFP PROTECCIÓN S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la excepción genérica (ver contestación en folios 89 a 94 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juez Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN y con esto la afiliación realizada a la señora MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ CHARRY el 31 de mayo de 1999 a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN. SEGUNDO: DECLARAR que MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ CHARRY actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ CHARRY a COLPENSIONES junto con intereses, rendimientos, cuotas de administración. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES el traslado de las sumas anteriormente descritas así como reactivar la afiliación de MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ CHARRY. QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN a pagar de ser el caso las diferencias que se llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el régimen de prima media los cuales serán asumidos a cargo de su propio patrimonio lo que incluye cuotas o gastos de administración, para esto se conmina a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas conforme a lo expuesto en parte*

motiva de esta providencia. SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN, agencias en derecho cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes” (audiencia virtual parte 3, minuto 38:55).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que el fondo privado no cumplió con la carga probatoria pues no allegó otros elementos de juicio que permitieran inferir que la voluntad plasmada en el formulario de afiliación hubiese estado precedida de una información clara, veraz y oportuna, advirtiendo que no es posible deducir que existió un consentimiento informado con la sola suscripción del formulario preimpreso.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

En el recurso de PROTECCIÓN S.A. su apoderado pide que se revoque la sentencia en lo que refiere a la devolución de las sumas por concepto de gastos de administración y al pago de las diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM. Afirma que los descuentos por gastos de administración se encuentran autorizados por mandato legal y fueron destinados para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, por lo tanto, ordenar la devolución de dichos dineros junto con los rendimientos financieros generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la actora y de Colpensiones. Además, sostiene que no hay lugar al pago de las diferencias entre los aportes de un régimen pensional y otro, pues no existe una diferencia entre ellos, señalando que el aporte realizado en el RAIS es el mismo que hubiese realizado la actora en el RPM (audiencia virtual parte 3, minuto 45:15)¹

¹ “Gracias su señoría, de manera respetuosa presento recurso de apelación de manera parcial contra el fallo que se acaba de proferir, específicamente en lo concerniente a los numerales tercero y quinto de su sentencia, sustento el recurso en los siguientes argumentos. El señor Juez ordena el traslado al RAIS de los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora Cristina con los rendimientos a que hubiera lugar, sin embargo, también ordena que

En el recurso de Colpensiones, su apoderado pide que se revoque la sentencia y se den por no probados los vicios que acaecieron o la mala información. Manifiesta su inconformidad respecto a la orden de conminar a la entidad a realizar las operaciones aritméticas a fin de determinar si se causa algún detrimento al patrimonio de ésta, pues considera que ello no puede realizarse hoy en día y solamente se verá plasmado a futuro. Además, sostiene que no es posible aplicar la línea jurisprudencial citada por el a quo pues no se cumple con los supuestos fácticos allí estudiados, por lo tanto, le corresponde a la demandante demostrar que ocurrió una mala información (audiencia virtual parte 3, minuto 49:56)²

se trasladen los gastos de administración desconociendo que los mismos fueron autorizados de manera expresa por la Ley 100 primigenia en su artículo 20 y ratificado posteriormente en la Ley 797 de 2003 y es que estos dineros no son capricho de cobrar por parte de PROTECCIÓN sino que se deben específicamente a la gestión realizada en pro de los rendimientos que ordena devolver en el numeral tercero, así las cosas, devolver los gastos de administración resulta improcedente la devolución de los rendimientos y los gastos de administración se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por qué porque COLPENSIONES estaría recibiendo para su peculio unos gastos de administración por una gestión que no realizó y la demandante estaría recibiendo unos rendimientos a los cuales no tendría derecho, nótese señores Magistrados que en el fondo común la demandante no tiene derecho a ningún tipo de rendimiento entonces se estaría generando ese enriquecimiento sin causa. Ahora bien, frente al numeral quinto el despacho ordena que PROTECCIÓN pague las diferencias incluidos los gastos de administración, sin embargo, cuando defiende esta postura en sus consideraciones dice que son las diferencias de los aportes o de los dineros que se generaron en el transcurrir de la afiliación de la demandante con PROTECCIÓN, nótese señores Magistrados que los aportes están taxativamente enunciados en la ley entonces no hay una diferencia de aportes, lo mismo que aportó en el régimen de ahorro individual es lo mismo que tenían que haber aportado el régimen de prima media, entonces pues no asiste lugar para esta declaración de pagos de diferencias. Los gastos de administración como ya lo he reiterado son también aquellos que se usaron para cubrir las contingencias de invalidez y muerte que también hubiese cubierto COLPENSIONES en su debido momento si hubiese contado con la afiliación de la señora MARÍA CRISTINA SÁNCHEZ CHARRY y es importante que se tenga en cuenta que era deber legal de mi representada tener estas contingencias cubiertas con la aseguradora toda vez que hasta el día de hoy fue declarada ineficaz esa afiliación y mientras estaba en vigencia esa afiliación se presumía legal y era deber del fondo tenerla cubierta con la aseguradora razón pues más de ... para revocar la sentencia en este sentido. También pues considero que se debe evitar generar este tipo de expectativas con posibles dineros que no tienen justificación a los demandados, en estos términos dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

² “Gracias señor Juez, siendo esta la oportunidad pertinente le solicito a usted me sea concedido recurso de apelación para que sea resuelto por los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral con la finalidad de que se revoque de manera total el fallo proferido en esta instancia y en la cual se determinó que sí había lugar a la nulidad o ineficacia del traslado para las dos demandantes. Primero quiero manifestarme con respecto a lo que es la legitimación en la causa para interponer recurso toda vez que no se condenó de manera directa a mi representada COLPENSIONES, solamente se le conminó a realizar las operaciones aritméticas, los cálculos a fin de determinar si sufre algún detrimento en su

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

patrimonio, más sin embargo, señor Juez estas operaciones, estos cálculos no se pueden realizar hoy en día y solamente se van a ver plasmadas es a futuro dado que pues hoy no se conoce si el ahorro o el aporte realizado por las aquí demandantes ya sea en el régimen de prima media o en el RAIS alcancen a cubrir la prestación reconocida, verbigracia si las demandantes superan con creces las expectativas de vida sería una situación que llevaría a un detrimento patrimonial porque mi representada no alcanzó a realizar las proyecciones o a planear dicha pensión con anticipación y es que la entidad que represento tiene unas políticas internas de distribución del aporte en el cual se planea a futuro dichos pagos y en caso de no poder cumplir estas obligaciones pensionales el Estado será el encargado de financiar lo faltante, mas sin embargo, esas solicitudes al Estado o esas planeaciones se deben hacer con varios años de anticipación y no de un momento a otro. En lo que tiene que ver con la sustentación del recurso simplemente es la inconformidad que presenta este apoderado judicial con la tesis del despacho en cuanto al acogimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para reinvertir la carga de la prueba estándole en cabeza del fondo privado dado que solamente se puede aplicar esta línea jurisprudencial para personas o afiliados que estén en condiciones similares o iguales a las allí esbozadas en estas providencias judiciales, estas condiciones eran personas que tenían unas expectativas legítimas, que se encontraban en régimen de transición, que estuvieran próximas al cumplimiento de los requisitos para su derecho pensional o que con este traslado hubiese sufrido un daño grave a sus derechos pensionales como tal y, pues en este caso no se encuentra ninguna de las dos demandantes inmersas en esta situación especialísima y al ser diferentes no se puede acoger esa línea jurisprudencial, al no acogerse la línea jurisprudencial no se invierte la carga de la prueba y quedaría en cabeza de ellas al ser las que están enunciando los hechos el comprobar que efectivamente que si ocurrió una mala información, se omitieron requisitos en el momento del traslado y pues prácticamente eso conllevaría a una desproporcionalidad probatoria dado que no es dable que la demandante con la sola manifestación del hecho pues se de por cierto y no tenga la carga de demostrar la existencia de este, por lo .. Honorables Magistrados tanto a los fondos privados como a COLPENSIONES se de por no probada los vicios que acaecieron o esta mala información, de esta manera señor Juez dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias”.

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 33 años de edad y había cotizado 627 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 1 mes y 18 días)⁴, y para la fecha de

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 65 a 70 del expediente).

⁴ Ibídem.

presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folio 14 y 43 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual*

connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues el fondo privado COLMENA hoy la AFP PROTECCIÓN S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PROTECCIÓN S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, se iba a quebrar y por esa razón la mejor decisión era cambiarse a COLMENA, que se podía pensionar a cualquier edad y su ahorro de pensión lo podía retirar en su totalidad en el momento que quisiera o sus hijos lo podían reclamar en caso de muerte, y le mencionaron que iba a tener rendimientos sin especificársele cómo funcionaba o si ello tendría algún riesgo (audiencia virtual parte 1, hora 1, minuto 33:54).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el

“*saneamiento*” la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Frente al pago de eventuales diferencias de los aportes realizados al RAIS y su equivalencia en el RPM, como indemnización de perjuicios, esta Sala conociendo en Consulta a favor de COLPENSIONES, ha estimado procedente en casos similares declarar que bien puede esta entidad obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones. Con ello se saldan los perjuicios generados a la administradora del RPM, perjuicios cuyo valor no es posible definir en este momento.

Por ello se revocará el numeral 5º del sentencia apelada y se dispondrá lo pertinente.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia apelada.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
3. **CONFIRMARLA** en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE HERNÁN HUERTAS AMEZQUITA CONTRA
SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH S.A.S.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) días de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de octubre de 2020.

El Tribunal conforme lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, HERNÁN HUERTAS AMEZQUITA presentó demanda contra SALUD TOTAL EPS S.A. y GOLD RH S.A.S., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con SALUD TOTAL EPS S.A. entre el 1 de agosto de 2006 y el 11 de septiembre de 2017, en el cual actuaron como un simples intermediarios la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM y GOLD RH S.A.S.; que las sumas de dinero pagadas por GOLD RH S.A.S. bajo la denominación *medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte, y equipos productivos* son

salario y se deben incluir en la base de liquidación de las acreencias laborales durante la relación laboral (afirma que el salario realmente devengado ascendió a \$1.758.687); y que el contrato terminó por despido sin justa causa. Como consecuencia de ello pide que se condene a la empresa SALUD TOTAL EPS y solidariamente a GOLD RH a pagar la reliquidación de sus acreencias y aportes a pensiones incluyendo los factores salariales referidos, indemnización por despido injusto, la sanción contemplada en el artículo 99 del numeral 3 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., intereses moratorios, y las costas del proceso. Subsidiariamente solicita que se declare que la relación se desarrolló con GOLD RH S.A. y se condene por responsabilidad solidaria a SALUD TOTAL EPS al pago de las acreencias insolutas y las sanciones referidas (folios 301 a 337 y folios digitales 347 a 383).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por SALUD TOTAL EPS S.A. mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones principales con fundamento en que no existió relación laboral, comercial o civil, con el demandante pues éste prestó servicios personales a personas jurídicas diferentes, con las que su representada suscribió un contrato comercial que se desarrolló con autonomía. Afirma que no se configuraron los elementos propios del contrato de trabajo y que no existe obligación alguna de orden laboral pendiente de pago. Se opuso también a las pretensiones de orden subsidiario afirmando que las actividades que desarrollan las demandadas no son similares, conexas o complementarias. Propuso como excepciones *inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe de mí representada, mala fe del demandante, cobro de los no debido – inexistencia de la obligación, compensación y prescripción y las demás que se encuentren probadas*. (folios 465 a 488-).

La demanda también fue contestada por GOLD RH S.A.S. mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones de condena principales y subsidiarias. Afirma que esta empresa una persona jurídica independiente y

diferente a SALUD TOTAL y a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO TALENTUM, y que con el demandante existió una relación laboral entre el 14 de enero de 2014 al 11 de septiembre de 2017, que terminó con justa causa. Frente a la solicitud de reliquidación de prestaciones aduce que las partes acordaron la exclusión salarial de las sumas reclamadas, desde la suscripción del contrato inicial, y por ello no adeuda suma alguna al demandante. Propuso como excepciones las denominadas *inexistencias de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, buena fe de la demandada y las demás que resultaran probadas en el transcurso de la litis*. (folios 578 a 608).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de octubre de 2020 mediante la cual el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de un contrato de trabajo entre HERNAN HUERTAS AMEZQUITA y SALUD TOTAL EPS S.A. entre el 1º de agosto de 2006 y el 11 de septiembre de 2017. Condenó a la reliquidación de las acreencias laborales y al pago de sanciones moratorias y absolvió del pago de indemnización por despido sin justa causa. Para tomar su decisión la Juez concluyó que la labores que ejecutó el demandante eran parte del objeto social de la EPS y suplían necesidades propias de dicha empresa, quien se valió de las normas que regulan a las Cooperativas de Trabajo Asociado para evadir las obligaciones del contrato de trabajo, destacando que la COOPERATIVA TALENTUM en la relación de trabajo. Frente al vínculo con GOLD RH SAS señaló que se desarrolló en iguales condiciones al que se ejecutaba con la CTA TALENTUM pues el demandante desempeñó idénticas funciones, cargo y salario. Destacó que el objeto social de SALUDTOTAL EPS está regulado en los artículos 177 y 178 de la Ley 100 de 1993 y no se puede desarrollar por sociedades como GOLD RH que tiene un objeto social genérico. En cuanto a la reliquidación de las acreencias desde el 14 de enero de 2014 estimó que sí era factor salarial lo recibido por medios de transporte y comisiones, por lo que dispuso las condenas pertinentes. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las prestaciones

causadas con anterioridad al 24 de mayo de 2015, y la excepción de compensación con lo pagado por la empresa GOLD RH. No encontró que la CTA TALENTUM hubiese realizado aportes a pensión, por lo que condenó a la verdadera empleadora SALUD TOTAL EPS a realizar dichos aportes sobre un s.m.m.l.v, por el período comprendido entre el 01 de agosto de 2006 y el 13 de enero de 2014, y a partir del 14 de enero de 2014 hasta el 11 de septiembre de 2017 a pagar las diferencias en los aportes a pensión con lo realmente devengado¹. Condenó al pago de sanción moratoria bajo los parámetros del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y del artículo 65 del CST, al encontrar mala fe en el actuar de la demandada; y declaró solidaridad con la simple intermediaria GOLD RH.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: DECLARAR que SALUD TOTAL E.P.S. es la verdadera empleadora del demandante HERNÁN HUERTAS AMÉZQUITA, y la SOCIEDAD TALENTO Y COOPERATIVA DEL TRABAJO ASOCIADO Y GOLD RH S.A.S., simples intermediarias. SEGUNDO: DECLARAR que, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, entre HERNAN HUERTAS AMEZQUITA y SALUD TOTAL E.P.S. existió un contrato de trabajo pactado a término indefinido con vigencia entre el primero de agosto del 2006 y el 11 de septiembre del 2017. TERCERO: DECLARAR que los salarios realmente devengados por el demandante HERNÁN HUERTAS AMÉZQUITA, durante la vigencia de la relación laboral corresponde a las siguientes sumas: Para el año 2006 la suma de \$408.000, para el año 2007 la suma de \$433.700, para el año 2008 la suma de \$461.500, para el año 2009 la suma de \$496.00, para el año 2010 la suma de \$515.000 para el año 2011 la suma de \$530.600, para el año 2012 la suma de \$566.700, para el año 2013 la suma de \$589.500, para el año 2014 la suma de \$1'709.927, para el año 2015 la suma de 2'316.993, para el año 2016 la suma de \$2'309.435 y para el año 2017 la suma de \$2'326.612. CUARTO: CONDENAR a las demandadas SALUD TOTAL E.P.S. y solidariamente a la sociedad GOLD RH S.A.S., a reconocimiento y pago a favor del demandante

¹ La Juez discriminó en audiencia (audio 2 hora 1 minuto 33:07) las diferencias de salario entre el 01

HERNAN HUERTAS AMEZQUITA, de las siguientes diferencias, por los siguientes conceptos y sumas de dinero: Por la liquidación de cesantías la suma de \$12'178.380, por la sanción por no consignación a un fondo de que trata el Art. 99 de la ley 50 de 1990 la suma de \$63'857.143, por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$404.241, por sanción por no pago de intereses a las cesantías la suma de \$404.241 y por liquidación de la compensación de vacaciones la suma de \$1'819.928. QUINTO: CONDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. y solidariamente a GOLD RH S.A.S., al reconocimiento y pago a favor de HERNAN HUERTAS AMEZQUITA, la indemnización de que trata el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que corresponde al pago de un día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses, equivalentes a la suma de \$55'838.704 causados entre el 12 de septiembre del 2017 y el 12 de septiembre de 2019, y a partir del mes 25 al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a la tasa máxima legal establecida por la Superintendencia Financiera causados a partir del 3 de septiembre de 2019 y hasta que se verifique su pago. SEXTO: ORDENAR a la E.P.S. SALUD TOTAL y solidariamente a la sociedad GOLD RH S.A.S. a pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del demandante HERNAN HUERTAS AMEZQUITA por el tiempo comprendido entre el 14 de enero del 2014 y el 11 de septiembre del 2017, correspondiente a las diferencias surgidas entre lo pagado y lo realmente devengado por el actor previa emisión de calculo actuarial realizado por la administradora de fondos e pensiones a que se encuentra afiliado el demandante y a su entera satisfacción, por los valores anunciados en la parte motiva de la presente providencia y que se transcriben de manera textual en la parte resolutive mes a mes entre el mes de abril del 2014 y el mes de enero del 2017. SEPTIMO: ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S. y solidariamente a GOLD RH S.A.S. a cancelar los aportes a pensión a favor del demandante HERNAN HUERTAS AMEZQUITA, por el periodo comprendido entre el 01 de agosto del 2006 y el 13 de enero del 2014, teniendo como ingreso base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, según decreto del gobierno nacional y previa

de abril de 2014 al año 2017), para efectos del pago de la diferencia de aportes pensionales.

emisión del calculo actuarial realizado por la administradora de fondos de pensiones a que se encuentra afiliado el demandante y a su entera satisfacción. OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. NOVENO: DECLARAR probadas parcialmente las excepciones de prescripción y compensación, y declarar no probada las demás excepciones. DECIMO: CONDENAR a las demandadas a la condena en costas, inclúyase en la liquidación la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de ellas, valor en que se estiman las agencias en derecho” (Expediente digital Hora 1 Minuto 51:20)

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior presentaron recurso ambas partes.

El apoderado del demandante manifiesta inconformidad con la forma como se ordenó el pago de sanción moratoria. Aduce que se debe ordenar el pago de un día de salario por cada día que transcurra hasta cuando se paguen las acreencias laborales, pues la demanda se presentó dentro del plazo dispuesto desde la terminación del contrato de trabajo (la relación laboral finalizó el 11 de septiembre de 2017 y la demanda se presentó en el 2018) (Hora 1 Minuto 57:38)².

² “Respetuosamente, interpongo recurso de apelación de manera parcial en contra de la determinación adoptada por el despacho, única y exclusivamente en el concepto de la sanción moratoria impuesto por su despacho frente a las invocaciones presentadas en la demanda. Lo anterior en virtud a que por consideración legal y jurisprudencial en aplicación de la sanción moratoria, si bien es cierto se debe tener en cuenta los aspectos fundamentales analizados por el despacho, para la aplicación de la sanción se establecen unas reglas específicas, esto es que sea la terminación del contrato el demandante hace uso de la acción legal pertinente dentro de los dos años subsiguientes a la terminación del vínculo, se debe realizar la liquidación al tenor de un día de salario por cada día que permanezca cesante la obligación de los pagos de la seguridad social y los pagos de liquidación y pago de prestaciones sociales debidas, lo cierto es que teniendo en cuenta los aspectos probatorios, esto es la determinación del despacho frente al vínculo a extremo final de 11 de septiembre de 2017 con la presentación de la demanda que ha sido en el año 2018, no ha transcurrido el tiempo suficiente para la aplicación restrictiva de la sanción, Y por consiguiente considero que respetuosamente ante la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que sea analizado este aspecto y por consiguiente que la liquidación de la sanción moratoria deba ser correspondiente al valor de un salario por la duración y por todo el tiempo que permanezcan cesante el pago o el cumplimiento de la obligación total y no conforme lo ha limitado el despacho a 2 años iniciales de sanción moratoria por salarios y la consecuente reconocimiento de intereses moratorios que ha reconocido con posterioridad a la que en su sentir el honorable Tribunal Superior se sirva disponer la condena en la

El apoderado de la parte demandada SALUD TOTAL EPS S.A. solicita que se revoque la sentencia y se le absuelva de todas las condenas. Aduce que el trabajo asociado cooperativo es una actividad legal, y el proceso comercial con la Cooperativa de Trabajo Asociado se enmarcó en las exigencias de la Ley 79 de 1988 pues se desarrolló con plena autonomía, autogestión, autogobierno y autodeterminación de los asociados, sin que SALUD TOTAL tuviera injerencia en la forma cómo el demandante realizaba su labor. Afirma que el demandante no le prestó servicios de manera directa sino como asociado y para el desarrollo de las necesidades de la cooperativa, de lo cual dan cuenta la solicitud de vinculación como trabajador asociado, el certificado expedido por la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia de aprobación del curso básico de cooperativismo, y el carné institucional. Subsidiariamente y en el evento de que una condena prospere, afirma que los subsidios por estudio, rendimientos de aportes sociales, ayudas, compensaciones extra extraordinarias, así como los auxilios establecidos en el régimen de compensación se deben compensar con las condenas pues analógicamente son las mismas prestaciones sociales del régimen laboral. Finalmente estima que no se hizo una apreciación adecuada del contrato de mandato suscrito con GOLD RH SAS ni se tuvo en cuenta el contrato de trabajo legalmente establecido por el demandante con esta última sociedad (Hora 2 Minuto 00:40)³.

totalidad de la condena al aspectos de un salario diario por la omisión de la demanda. Solamente en ese aspecto interpongo el recurso de apelación. Muchas gracias”.

³ “ Su señoría, siendo el término legal para interponer el recurso de apelación, me permito interponerlo, comedidamente presentó el recurso con el fin de que el Honorable Tribunal Superior revoque la sentencia y absuelva a mi representada de las pretensiones incoadas en el libelo. El despacho procedió a declarar la existencia de una relación laboral con mi representada, al considerar que en el presente caso se encontró demostrado una desnaturalización del convenio de asociación que suscribió el suscrito entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y el demandante; esto principalmente con base en los testimonios rendidos por los testigos de la parte demandante, quienes supuestamente indicaron en su dicho que la labor ejercida por el señor Huertas se realizaba con las directrices de Salud Total, con papelería de la misma y los lineamientos a los asesores. Honorables Magistrados, respetuosamente manifiesto no estar de acuerdo con la conclusión advenida por el despacho, por cuanto en el devenir probatorio quedó demostrado que la utilización de la figura del cooperativismo por medio del cual se entregó el proceso comercial de la cooperativa de trabajo asociado, demanda, se enmarco en las exigencias de la ley 79 de 1988, decreto 4588 de 2006 y demás normatividades concordantes. Eso es con la plena

autonomía, autogestión, autogobierno y autodeterminación de los asociados. Esta situación se desprende de los testimonios y demás pruebas allegadas al plenario, en las que se puede colegir que la fuerza de trabajo que hizo el demandante fue coordinada por los mismos asociados de la cooperativa. Lo que se traduce en la ejecución de los principios de autogestión, autogobierno y autodeterminación, ya que eran los gerentes de cuentas por su calidad jerárquica los que tenían contacto con los clientes de Salud Total para determinar los resultados de la ejecución del contrato comercial. Situación que en ningún momento puede devenir en una indebida intermediación laboral cómo ha sido indicada por la pacífica jurisprudencia de la honorable sala laboral de la Corte suprema de justicia y el Consejo de Estado, al indicar que las funciones propias de los negocios comerciales tales como la supervisión o auditoría, no desencadenan en subordinación. En primer lugar debe indicar que el trabajo asociado cooperativo es una actividad legal y reglamentada, el trabajo asociado tiene especial importancia, que ha sido incluso reconocido en el límite trasnacional por organismos cómo es la Organización Internacional del Trabajo. Lo que reprocha y se prohíbe por la ley es que esas cooperativas actúan como intermediarias laborales, situación en el presente caso queda plenamente descartada por cuanto se logró demostrar que mi representada no tenía ninguna injerencia en la forma de cómo el señor Huertas Amezcuita realizaba su labor, puesto que éste no prestó sus servicios de manera directa a mi representada, sino que prestó su fuerza de trabajo para el desarrollo de las necesidades de la cooperativa a lo cual quiso pertenecer de manera voluntaria, situación por la cual mucho menos hubiere podido ejercer potestad disciplinaria o haber cancelado retribución alguna como prestación al demandante. Lo anterior de acuerdo a los siguientes medios de prueba los cuales respetuosamente consideramos que no fueron valorados apropiadamente por parte del despacho. Se evidencia que las documentales llegadas y el interrogatorio de parte practicado al demandante, que fue el que procedió a suscribir una solicitud de vinculación como trabajador asociado en la que manifiesta acogerse al régimen de compensación en la cooperativa y del trabajo social; inmediatamente después la cooperativa procedió a aceptar su solicitud suscribiendo un compromiso contractual asociativo, el cual reposa en el expediente y de cuál se evidencia que el mismo fue firmado sin que medie vicio de consentimiento o indebida coacción. Se evidencia certificado expedido por la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia en la cual se certifica que el señor Huertas Amézquita adelantó y aprobó el curso básico de cooperativismo con énfasis en trabajo asociado como asociado de la cooperativa de trabajo y talento, situación que es contundente pese a las evasivas en que incurrió el demandante al momento de la práctica del interrogatorio de parte. De los mismos medios de prueba documentales es posible determinar que el vínculo que unió al demandante siempre fue el de asociado a la cooperativa, existen sendas solicitudes de préstamos directos a la Cooperativa, préstamos que el mismo demandante en el momento del interrogatorio de parte aceptó haber solicitado a la cooperativa de trabajo asociado, momento para el cual para él sí era su empleadora pero ahora en el momento de la demanda ya no lo es. Por otra parte, nótese que el carnet institucional que fue expedido por talento y no por salud total, esto se evidencia en el documento de cambio de carnet institucional, el cual tiene la cooperativa y se encuentra suscrito por el asociado y el coordinador de gestión humana, lo que pasó se tornó a sospechoso y reafirma una tacha a los testigos traídos por la parte demandante quién afirman que esto era entregado por salud total EPS, dicho que no coincide con las pruebas documentales que sea llegaron en el. En este punto es importante determinar que por el despacho no se dio la valoración correspondiente por parte del testimonio entregado por la señora Aída Abella, en el cual el claramente expresa que el tema de los uniformes que compró el señor a través de préstamos de la cooperativa y el carnet institucional también manejaba en la oferta mercantil un manejo y una amplia modalidad de publicidad hacia la imagen de salud total, por lo cual dicho logo aparecía en este carnet. Como bien lo expresó la señora Aída Abella, esta situación no sólo se presentaba con salud total sino con cada uno de los clientes que ellos manejaban de los procesos que manejaban cada uno tenía este manejo de la imagen. Así mismo se encuentra demostrado que anualmente el señor Huertas Amézquita era notificado de la valorización de sus aportes sociales a la cooperativa, aportes que fueron restituidos en el momento de su desvinculación con la Cooperativa de Trabajo Asociado, dinero que fue retribuido al señor Huertas y que en la sentencia en ningún momento se habla de estos pagos recibidos. Conforme lo confesó el demandante, los grupos de asesores comerciales serán coordinados por un gerente de cuenta, quién era un asociado a la cooperativa,

situación que quedó confirmada con el testimonio de Aída en las sendas solicitudes de descanso anual en las cuales aparece como aprobación la firma del gerente de cuenta mencionado. El señor Huertas no reclamó los pagos realizados a Salud Total directamente ni verbal ni por escrito. Que duró 8 años como asociado de la cooperativa lo que confirma que estaba conforme con sus compensaciones, no se demuestra que existan órdenes, horarios o cualquier otra circunstancia que muestre subordinación frente a la sociedad por parte de mi representado. La cooperativa de trabajo asociado tiene sus propios regímenes de trabajo y de compensación aprobados y certificados por el Ministerio de superintendencia Trabajo y la Superintendencia de economía solidaria, por lo que nos encontramos ante una actividad que se marca en la legalidad de la ley 79 de 1988 y el decreto 4588 de 2006. De los anteriores medios de prueba se puede colegir que la adhesión a la cooperativa era voluntaria y su gestión era completamente democrática por parte de los asociados quienes participan económicamente de la misma y actuaban con autonomía e independencia ante terceros en sus relaciones de trabajo asociado, con el fin de cumplir con su objeto social, el cual no era otro que el de crear y mantener trabajo para sus asociados contratados, contratando la ejecución de un proceso con terceros. Además, ésta contaba con el autogobierno, por cuanto eran los mismos asociados quienes participan activamente de las decisiones de la misma, autogestión, por cuanto en el plenario ni de asomo se demuestra que Salud Total tuviera injerencia alguna en la forma como se desarrollaba la ejecución del proceso comercial. No existen llamados de atención al demandante, instrucciones, adelantamientos de procesos disciplinarios, metas y ningún otro tipo de ejercicio subordinante que tenga la Facultad de demostrar una desnaturalización de la relación cooperativa de sus asociados, por el contrario quedó demostrado en el proceso que los medios de prueba anteriormente señalados es que los cooperados tiene la facultad determinar su organización y sus actividades por cuanto se repite; eran los gerentes de cuenta asociados a la cooperativa quienes coordinan mutuamente las actividades con el fin de cumplir con el objeto social y contractual de la cooperativa, sin intervención de terceros, situación que a su vez fue descrita por los Testigos Henry Ladino y Aída Rueda, al explicar cómo funciona internamente esa Cooperativa de trabajo asociado. Finalmente solicitamos al Honorable Tribunal que en el improbable evento en el que cuerpo colegiado no coja las situaciones aquí expuestas, comedidamente solicitamos que proceda a dar pronunciamientos sobre las excepciones de compensación de los derechos originados colocación del vínculo cooperativo y que no se encuentra en el régimen laboral, esto son los subsidios por estudio, rendimientos de aportes sociales, ayudas, compensaciones extra extraordinarias, así como los auxilios establecidos en el régimen de compensación, los cuales analógicamente son las mismas prestaciones sociales en el régimen laboral. Esto frente a lo que tiene que ver con la relación comercial que tu Salud Total con la cooperativa de trabajo asociado Talentum. Ahora, en el fallo que su señoría nos acaba de brindar, en ningún momento se pronunciaron frente a la formalización que hubo por parte del Ministerio de trabajo o la cooperativa de trabajo asociado Talentum, en la cual Salud Total únicamente fue un coadyuvante como bien se expresó en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de salud total en la audiencia del artículo 80, tampoco hubo pronunciamiento algunos sobre el interrogatorio de parte que fue rendido por el señor Hernán Huertas, lleva a cabo por el Doctor Ricardo Barona en dónde él claramente le hace preguntas al Señor Hernán Huertas sobre quien lo coactuo o quién lo obligó a suscribir dicho acuerdo transaccional o quién lo obligó a suscribir un contrato laboral con RH Gold, en donde inicialmente había dicho que había coactuado, pero en el momento de ser increpado por el doctor Barona en el interrogatorio de parte para expresar esta situación únicamente dio evasivas y suposiciones las cuales en ningún momento estuvieron sustentada jurídicamente ante el despacho. Son omisiones que realmente no notamos en el fallo y también no hubo una apreciación una adecuada del contrato de mandato suscrito con Gold, los contratos de comodato donde claramente son válidos ante nuestra legislación; la entrega de los bienes muebles e inmuebles simplemente hubo desde nuestro punto de vista y respetuosamente desde el despacho hubo solamente una presunción de la mala fe sobre todos los actos jurídicos que se suscribieron desde la Cooperativa de Trabajo Asociado, Talentum y con Gold RH, inclusive que llevan a una condena por una supuesta mala fe de Salud Total, cuando los que suscribieron los contratos, los convenios asociativos con el señor Hernán Huertas son terceros, sin embargo se nos condena a esta indemnización. Entonces, de esta manera exponemos las inconformidades de la representación jurídica de Salud Total presentamos con el fallo expuesto por su señoría, y le rogamos al H. Tribunal

En el recurso de GOLD RH SAS su apoderado pide que se revoquen las condenas impuestas en primera instancia. Afirma que se está desconociendo la posibilidad legal que tenía SALUD TOTAL EPS de contratar servicios con GOLD RH S.A.S.- Frente a lo pagado como medios de transporte que dieron lugar a la reliquidación de las acreencias laborales y la moratoria aduce que la cláusula tercera del contrato establece esa posibilidad conforme lo autoriza el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, y que lo pagado por ese concepto no era para beneficio del trabajador ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar el cargo. Pide que se tenga en cuenta la buena fe, y afirma que desde el 14 de enero del año 2014 el demandante celebró contrato de trabajo acatando un acuerdo de formalización ante el Ministerio de trabajo y no existe evidencia alguna de que se hubiese actuado de mala fe en su contra. Pide que se revise el tema de la solidaridad declarada en primera instancia (Hora 2 Minuto 12:12)⁴

que tome en cuenta todas estas consideraciones y absuelva a Salud Total de cada una de las pretensiones, pues no están llevadas a prosperar. Muchas gracias por la oportunidad y el tiempo brindado su señoría”.

4“Gracias señora juez, muchas gracias, teniendo en cuenta la oportunidad procesal pertinente, presenté recurso parcial de apelación contra la decisión proferida por este H. despacho. Porque es un recurso parcial? porque en la decisión que acabamos de escuchar hay puntos favorable a mi representada, por ejemplo fue absuelta por el tema de los equipos productivos, se probó parcialmente una excepción de prescripción, se probó también la excepción de compensación también fue decretada, también en el tema del despido se estableció que era con justa causa y por ese motivo no había ningún tipo de condena por ese punto. Entonces, frente a esos puntos que he mencionado anteriormente y que son favorable, perdón, otro es que no se concede el tema de la indexación, es decir frente a esos puntos que son favorables a los intereses de mi representada, pues no está presentado mi recurso de apelación. Quiero presentar un recurso de apelación frente a los demás puntos y las demás condenas que se han realizado, de manera muy respetuosa invitando al honorable Tribunal de Bogotá sala laboral, para que sea revisado este proceso por varios factores que consideró claves, el primero: este honorable despacho desconoce que hay una posibilidad legal para que Salud Total EPS, haga contratos como el que hizo en el presente caso con Gold RH S.A.S., y cuáles son los fundamentos jurídicos, pues muy sencillos, el primero, el artículo 49 de la constitución política establece de manera expresa que la salud puede ser prestada por las EPS directamente o por medio de terceros. Lo mismo dice el artículo 177 de la ley 100 del 93, porque se va al artículo 178 que son las funciones generales, pero en el artículo 177 establece de manera especial que la obligación de las EPS es garantizar y organizar el pos, esa es su función principal y primordial. Por eso en el tema de afiliaciones, sí de las personas de salud total puede ser contratada directamente o por intermedio de terceros como se hizo a través del contrato, sí, el suscrito entre Salud Total con RH S.A.S., que están debidamente amparados en la ley 100 de 1993, artículo 177, están debidamente amparados también en el decreto 1485 de 1994, y quiero en este primer punto que es la posibilidad que tiene mi representada de contratar estos temas de afiliación a la EPS con Gold RH S.A.S. lo siguiente, y que este honorable despacho desconoce. Aquí se habla, como si fuera lo mismo intermediación laboral y tercerización, son dos conceptos

totalmente diferentes y que deben aplicarse como precedente por todos los despachos judiciales por lo siguiente, hubo un decreto que fue el decreto 583 de 2016, que hablaba de tercerización e intermediación laboral, como es un decreto ese decreto fue demandado ante el honorable Consejo de Estado, y el consejo de estado declaró nulo ese decreto 583, pero en su parte qué se considera como la ratio decidendi de ese fallo se establecen de manera expresa y se distingue la intermediación laboral es la que realiza las empresas de servicios temporales, lo cual es legal, pero también es legal todas las actividades de tercerización, dónde están enmarcados con ese dependiente los simples intermediarios y las otras figuras jurídicas, inclusive abro comillas, el Consejo de Estado, vuelvo y lo digo, cómo ratio decidendi de esa decisión y que es para presente para cualquier Juez dice, la atención laboral entendida como el de servicios, es permitido por los convenios de la OIT, y la prestación de servicios a cargo de contratistas con su propio patrimonio a favor de un contratante también está permitida. Esto lo digo porque muchos dirían, venga y porque vamos aplicar el precedente del Consejo de Estado en un proceso laboral, pues porque la demanda o la norma que se demandó fue un decreto y eso hace un precedente. Y también, finalmente en este primer punto quiero mencionar algo, la mayoría de sentencias que han sido mencionadas en este proceso están relacionadas con la contratación y con cooperativas de trabajo asociado. Mi representada no es una cooperativa de trabajo asociado, pero lo que no dice este despacho judicial es que la mayoría de Sentencias que fueron mencionadas en este proceso tienen como fundamento el decreto 2025 del 2011, que establece de manera expresa que no se podía contratar con cooperativas la actividad misional, norma que el 19 de febrero de 2018 en sentencia del Consejo de Estado fue declarada nula, es decir que todas esas sentencias donde hubo condenas para Con fundamento en el decreto 2025 fueron declaradas nulas, por eso es que este honorable despacho al argumentar menciona solamente 2 normas, la ley 79 del año 88 y su decreto reglamentario, pasando por alto que en la sentencias mencionadas que es el decreto 2025 es el que estableció las condenas Primer punto. Segundo punto: Qué es la condena por lo relacionado con los medios de transporte, y ahí voy a decir algo, si nosotros revisamos expresamente la cláusula tercera del contrato habla de medios de transporte y dice tal cual como lo dijo el despacho judicial, empleador reconocerá y pagará a favor del trabajador como medios de transporte los gastos de transporte, que en la gestión preventiva realice tales como, desplazamiento a los lugares para licenciar formularios, entregar carnets, etcétera, etcétera. Es decir que lo que no reconoce este despacho judicial es que esas actividades eran para eso, gastos de transporte para ir a los lugares y cumplir, como dice el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que lo dice expresamente, quiero ... que fue subrogado por la ley 50 del 90 artículo 15: pagos que no constituyen salario, y si mencionamos ahí dice lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeña a cargo o cabalidad sus funciones como gastos de representación y medios de transporte. Es decir, mi representada firmó con el demandante esa cláusula tercera con fundamento en el artículo 128 del código sustantivo del trabajo. A su vez, la ley 134 del año 96 dice que cuando hay pagos que no son salarios no se tienen en cuenta para reliquidar y liquidar prestaciones sociales, salarios, horas extra y recargos nocturnos, aportes a la seguridad social, etcétera. Un punto que también quiero mencionar aquí es que estos medios de transporte fueron concedidos por mi representada desde el 14 de enero del 2014 al primero de noviembre de 2016, y eso no se tuvo en cuenta en la decisión, digamos, judicial. Tampoco se tuvo en cuenta, y recalco y resaltó lo dicho por el apoderado que me precedió de salud total, y es que solamente se tienen en cuenta los testimonios del demandante y el interrogatorio de parte demandante, pareciera que no hubiera habido otras participaciones donde la representante legal de Gold RH S.A.S. explicó claramente cómo operaban y funcionaban los medios de transporte para actividades para cumplir sus funciones, no como lo han dicho todos los que han pasado por aquí, dando sus testimonios de que son comisiones, porque es que ese es el concepto que han acuñado, pues digamos el demandante y su apoderado con los testigos en su proceso. Otro punto que también es clave frente a eso, y quiero reiterarlo, el demandante cuando hizo declaratoria de parte, tal como lo decía el apoderado de Salud Total, frente a este tema, él nunca manifestó ninguna presión ni hizo ninguna reclamación durante su relación laboral con Gold RH S.A.S. por esto por esos puntos, lo cual muestra un tema de buena fe de mi representada; Ese es el segundo punto. El tercer punto que honestamente llama la atención que no haya sido tenido en cuenta, y yo lo menciono como un tema de buena fe de mi representada y es lo

siguiente: resulta que el 14 de enero del año 2014, Gold RH S.A.S. y el demandante celebran un contrato, pero no los contratos que nos han traído con los precedentes a este proceso, de prestación de servicios, es que hubo fue un contrato de trabajo a término indefinido, primer punto. Segundo punto: Eso fue el 14 de enero de 2014 tengamos muy presente, el 9 de mayo del año 2014 se suscribe un acuerdo de formalización ante el Ministerio de trabajo con fundamento en varias normas, la ley 1310 del año 2013 la resolución 330 el año 2013, primer punto. segundo punto: Con la participación no solamente de Gold RH S.A.S., sino con la participación del Ministerio del trabajo a través de una de sus dependencias que es la unidad de investigaciones especiales, y en ese documento que no se mencionó acá se acreditan 2 cosas, la primera el compromiso, y así se había hecho, de que se había suscrito contratos de trabajo con el demandante, segundo los acuerdos que habían sido formalizados con los trabajadores, es decir el Ministerio del trabajo verificó que esta información se le había dado a los trabajadores y así quedó establecido de manera expresa en ese documento firmado no de manera unilateral por los demandados, sino también con la participación de Ministerio de trabajo donde dice expresamente que esos acuerdos fueron formalizados con los trabajadores, y lo más importante que tampoco se dijo en esta decisión, el 18 de noviembre del año 2016, es decir, 2 años más adelante el Ministerio del trabajo, y esto está debidamente acreditado en las pruebas que aporte con la contestación de la demanda, se dijo expresamente el seguimiento que había habido a estos acuerdos, y en estos seguimientos se estableció de manera clara que me representa había cumplido cabalmente con la ley, inclusive se certifica ahí, revisados los contratos y firmados con los trabajadores. Entonces, honestamente establecer en esta decisión judicial que mi representada actuó de mala fe no se compadece con la realidad procesal ni probatoria, que es la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido, ósea que más, entonces no sirven los indefinidos, esos no sirven. Segundo: Un acuerdo de formalización con participación del Ministerio de trabajo. Y un punto que también llama la atención que es el cuarto punto en el recurso es la condena por solidaridad, porque nos condenan por simples intermediarios, artículo 35, y la condena es por el artículo 35 porque como los fallos son contra cooperativa y lo del artículo 34 ya no lo usan como precedente, porque consejo de estado declaró nulo el fallo 2025, entonces ahora no son contratistas independientes, ahora son simples intermediarios, pero miren lo curioso, si nosotros revisamos las dos normas, el artículo 34 y el artículo 35, vamos al 34 para hablar de la solidaridad porque nos condena y solidariamente, en la solidaridad se dice esto: y es que tienen que tener actividades similares, y lo que es evidente es que la labor de una EPS, como lo dice La Ley 100 es promover y garantizar el plan obligatorio de salud, el cor del negocio no es las afiliaciones, para eso se usa gente especializada que tiene es que visitar las personas, es otro tipo de realidad, lo importante de una EPS es proteger la salud de los colombianos, entonces, honestamente son totalmente diferentes las actividades. Y el artículo 35 dice lo mismo, que para que haya solidaridad también tiene que ser actividades similares, lo cual aquí de manera expresa en este proceso aquí está acreditado que buscan fin es totalmente distintos, ojo con esto, mi representada no es una empresa de servicios temporales, porque es que no ejerce funciones de intermediación laboral, ejerce las funciones de tercerización que han sido protegidas, vuelvo y lo digo, por el Consejo de Estado y a su vez por la constitución política artículo 33 autonomía de las empresas, y su vez por la jurisprudencia de la Corte Constitucional donde establece eso. Y hay un tema final y que el despacho pasa por alto y es que el tema de la prescripción, vuelvo y les digo, todos los fallos que han utilizado de contratos por prestación de servicios, es decir, que ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia sala laboral, lo que no prescriben son los aportes, no la reliquidación de los salarios, es decir, cuando yo condenó y digo que es que un pago no salarial es salario, estoy hablando de una reliquidación de aportes, porque durante todo el tiempo de la vinculación del demandante con mi representada, la empresa que yo representó hizo aportes a la seguridad social, tanto en salud, tanto en pensiones, como en riesgos laborales. y finalizó con eso, es curioso pero los testimonios aquí traídos a este proceso todos establecen que estaban siempre en Salud Total pero nos condenan por medio de transporte porque las personas están por fuera haciendo actividades, entonces bueno, al fin que, mantuvieron en salud total o estaban haciendo afiliaciones, porque es una contradicción argumentativa decir que yo mantengo en Salud Total, tengo puesto de trabajo en Salud Total, pero condenó por qué mantengo por fuera haciendo afiliaciones, eso desde el punto de vista argumentativo es un contrasentido. Señora Juez, muchas gracias por el tiempo que nos ha permitido para

Conforme lo establece el artículo 66A del CPT el Tribunal solo puede estudiar las materias sobre las cuales versó el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para desatar esas controversias se advierte de las pruebas aportadas al expediente que el actor prestó servicios personales y continuos de los cuales se benefició SALUD TOTAL EPS entre el 1 de agosto de 2006 y el 11 de septiembre de 2017, cumpliendo funciones de asesor comercial. Inicialmente bajo la figura de *trabajo asociado* de la CTA TALENTUM (Folios 159 a 168- contrato de asociación), y desde el 14 de enero de 2014 mediante contrato de trabajo suscrito con GOLD RH SAS.

El Tribunal debe definir (i) la validez de la vinculación que a partir de agosto del año 2006 desarrolló el demandante en favor de SALUD TOTAL EPS S.A mediante la CTA TALENTUM, (ii) la vinculación que se dio con la sociedad GOLD RH SAS, y finalmente (iii) la validez del pacto de exclusión salarial que las partes acordaron y las consecuencias que dicho acuerdo tiene sobre las condenas impuestas en primera instancia.

(i) Para lo primero son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y el artículo 59 de la Ley 79 de 1988 que regula el trabajo asociado. Según estas normas, en Colombia coexisten, como modalidades de trabajo subordinado, el que presta un trabajador en favor de terceros bajo contrato de trabajo (al cual le es aplicable la legislación laboral), y el que presta un asociado en favor de una cooperativa de la cual forma parte al cual no se le aplica la legislación laboral.

presentar el recurso de apelación, de esta manera lo termino he invito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, que revise con mucho cuidado este proceso y que también revisa muy bien las remisiones jurisprudencia anotada en esta decisión. Muchas gracias señora Juez.”.

Sobre esta última modalidad -que se alega ocurrida por la parte demandada en el recurso- se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para definir la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, siempre y cuando esta forma de vinculación no se utilice de “*manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas*”⁵. En la sentencia referida, la Corte entendió que se disfraza una verdadera relación de trabajo cuando quien recibe el servicio obra como un verdadero empleador, y ello se evidencia si el beneficiario del servicio personal que presta un asociado ejercer en forma directa el poder subordinante propio del contrato laboral: “*no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no*

⁵ Sentencia del 6 de diciembre de 2006. MP. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA radicación 25713. “*Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica.*”.

puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión”.

Por ello, en vigencia del artículo 59 de la ley 79 de 1988 (declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000), cuando el servicio del asociado se preste en favor de la cooperativa y la subordinación la ejerza ésta directamente, la excepción normativa cobra vigencia y no se podrán aplicar las normas que regulan al contrato de trabajo. Pero si el servicio del asociado se presta en favor de un tercero y es dicho tercero quien ejerce la subordinación de la relación -como ocurrió en el caso bajo estudio- la excepción normativa no se aplica y se deben otorgar los derechos del aparente asociado bajo las normas y los principios que regulan el contrato de trabajo, específicamente los principios constitucionales del contrato realidad y de garantía de un mínimo de derechos al trabajador.

Se afirma que en el caso bajo estudio se desarrollaron servicios en favor del contratante SALUD TOTAL EPS y que fue éste quien ejerció la dirección de tales servicios mediante subordinación, luego de escuchar las declaraciones testimoniales rendidas en el proceso por GLORIA ESPERANZA FORERO (CD 2 Minuto 20:44- Audio 2 Hora 2 Minuto 12:29- ex compañera de trabajo en el mismo cargo de asesora comercial), y MARÍA LUISA ROJAS (Audio 2 Hora 2 Minuto 26:10- ex compañera de trabajo en el mismo cargo de asesora comercial) quienes afirmaron que el demandante tenía como labores principales vender y comercializar productos de SALUD TOTAL, realizaba afiliaciones, hacía acompañamiento y vigilancia a las empresas, tenía que enviar reportes e informes sobre las afiliaciones efectuadas, que dichas labores se desempeñaban en dependencias la EPS en las calle 100 y en las Américas a donde se debía presentar todos los días a las 7:00 a.m. y que allí se controlaba su horario de ingreso con un *huellero biométrico* y debía firmar una planilla. Indican que tenía un puesto de trabajo con escritorio, que portaba un carnet que lo acreditaba como servidor de la Cooperativa y de SALUD TOTAL y un uniforme de la EPS, y que SALUD TOTAL suministraba la papelería y los formularios pertinentes a sus funciones.

Si bien se propuso tacha de parcialidad sobre MARÍA LUISA ROJAS por ser demandante en un proceso similar, las afirmaciones de esta testigo son claras y precisas sobre hechos de los cuales tuvo conocimiento directo, y coinciden con las demás declaraciones del proceso y con las pruebas documentales arrimadas al expediente por lo cual resulta ser una prueba útil para resolver la controversia. Del testimonio rendido por AIDA RUEDA ARIZA (Audio 2 Hora 1 Minuto 24:26- Directora administrativa de la CTA TALENTUM) se obtiene que la cooperativa realizaba un plan estratégico comercial con varios clientes, dentro de los cuales se encontraba SALUD TOTAL, que al actor se le realizó un proceso de vinculación voluntario a la CTA TALENTUM, y que aportó fuerza de trabajo desde el 1 de agosto de 2006, que tenía un horario de llegada, y que se reunían en las instalaciones de SALUD TOTAL EPS aclarando que así se había definido en el mandato.

Por todo lo dicho concluye el Tribunal, como lo hizo la juez en la sentencia apelada, que la participación de la COOPERATIVA TALENTUM en la relación de trabajo que ejecutó el actor ocurrió bajo la figura de un simple intermediario, actividad que, dicho sea de paso, está prohibida para las *cooperativas de trabajo asociado* por el artículo 17 del decreto 4588 de 2006.

En el contexto referido no cabe argumento alguno sobre diferencias entre el objeto contratado y las funciones misionales de la demandada para excluir con base en ello una relación de trabajo. Pero de todas formas, como se reiterará más adelante, el Tribunal entiende claramente como parte del objeto misional de una EPS (objeto que según el literal e del artículo 156 de la Ley 100 de 1993) *la afiliación, el registro de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el recaudo de los aportes que trabajadores y empleadores*) labor que SALUD TOTAL EPS contrató con la CTA y que desarrollaba el demandante, quien tenía entre sus funciones –precisamente- actividades relacionadas con la afiliación de usuarios a la EPS.

No se debe olvidar que el artículo 35 del CST define al *simple intermediario* como la persona que contrata servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, estableciendo claramente que tienen esta calidad, *“aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”*, como se demostró en el proceso.

(ii) Frente a los servicios que prestó el demandante en favor de SALUD TOTAL EPS desde el 14 de enero de 2014 mediante contrato de trabajo a término indefinido suscrito con GOLD RH SAS (folios 175 a 183), las mismas conclusiones resultan de las pruebas antes analizadas, pues si bien el artículo 34 establece que el contratista independiente es un verdadero empleador, el artículo 35 analizado antes permite discernir claramente la real existencia de dicha figura frente a *simples intermediarios* y, como se dijo, las pruebas aportadas evidencian claramente que GOLD RH SAS coordinó los servicios del demandante para -en palabras de la norma- *“la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”*⁶. Sobre la materia se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares⁷.

⁶ Conforme al “Contrato de Mandato” (folios 530 a 541 y 551 a 560) suscrito por la EPS y GOLD RH SAS el 01 de enero de 2014, se convino como objeto del mismo *“promocionar las afiliaciones al Sistema de seguridad social en salud, conforme al proceso comercial que el mandante le confiere, estudiará el mercado, realizará actividades de comunicación, ofrecer a todos los clientes seleccionados y empresas en general de diferentes zonas de influencia el portafolio de servicios de salud de SALUD TOTAL EPS a través de personas capacitadas e idóneas en el proceso de comercialización, respetando el derecho de libre escogencia que le asiste a cada afiliado”*.

⁷ SL 1430 -2018 “De conformidad con las pruebas hasta aquí relacionadas, se concluye que la actividad de mercadeo y captación de clientes o posibles beneficiarios del plan obligatorio de salud ofrecido por la EPS como actividad principal de su objeto social es, en esencia, la misma actividad que ejercía el trabajador desde el junio de 1998. Lo que significa, que el actor al pasar de una vinculación laboral directa con la entidad promotora de salud a un

Atendiendo al argumento del recurso propuesto por la EPS, la Sala encuentra que el acuerdo de formalización de trabajadores con el Ministerio de Trabajo se pactó el compromiso expreso de SALUD TOTAL EPS a formalizar las relaciones laborales y no incurrir en formas de intermediación y tercerización laboral, compromiso que claramente no se cumplió (fs 44 a 54).

Por todo lo dicho y en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la CN, concluye el Tribunal como lo hizo el Juez que tanto la CTA TALENTUM como GOLD RH SAS actuaron como *simples intermediarios* en la relación de trabajo que ejecutó el demandante.

(iii) Para resolver sobre la validez del pacto de exclusión salarial que acordó el demandante, debe precisarla Sala, que si bien el artículo 128 del CST modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 autoriza la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, esta posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial que pudieran tener los pagos excluidos. El pacto que excluya de la base de liquidación de prestaciones sociales a pagos recibidos por el trabajador de su empleador que tengan *clara o ciertamente* las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y sería por ello ineficaz.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política, y 13 del CST, y lo adoctrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene

proceso que aparentemente fue tercerizado, mantuvo las mismas funciones de manera habitual, subordinada y sin solución de continuidad. En otros términos, existe plena coincidencia entre las funciones que desplegó el actor en Salud Total EPS y las que luego desarrolló en las cooperativas de trabajo asociado Colaboramos y Talentum, las cuales, vale subrayar, son del giro permanente de las empresas promotoras de salud, ya que guardan relación con una de sus tareas ordinarias: la promoción de la afiliación a través de su fuerza comercial, actividad que por su naturaleza cae dentro del espectro de dirección, administración y control de la EPS.”

efectos de cosa juzgada Constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces⁸. Advierte la sentencia referida que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique -en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

Con base en lo dicho y revisado el expediente, el Tribunal confirmará también la sentencia apelada en esta materia, pues no se demostró la validez del pacto de exclusión salarial, en la medida en que *el medio de transporte* que recibió el demandante tenía claramente como causa directa la prestación del servicio, constituía ingreso en el patrimonio del actor, y se entregaba de forma habitual.

Sobre lo primero (que tenían como causa directa la prestación del servicio) obran como pruebas las declaraciones de MARÍA LUISA ROJAS y GLORIA ESPERANZA FORERO (ya referidas anteriormente) quienes explicaron que este emolumento no era propiamente un auxilio de transporte sino una compensación que se entregaba cuando las afiliaciones de SALUD TOTAL se hacían efectivas, es decir tenía relación directa con la cantidad de afiliaciones al plan obligatorio de salud que ofrecía la EPS. Sobre lo segundo (que constituía un ingreso personal para el trabajador, por oposición a pagos que recibe para realizar mejor la función por ello no ingresan a su patrimonio como los gastos de representación) obran como pruebas las declaraciones referidas y lo dicho por la representante legal de GOLD RH SAS -SARA ELVIRA CAMARGO- (Audio 2 hora 1 minuto 1:41) quien reconoció que dicho

⁸ C-710 de 1996 Dijo la sentencia: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*

auxilio se pagaba por las afiliaciones efectivas que realizaba el demandante, y no obra evidencia suficiente de que tales pagos tuviera relación directa de causalidad con gastos de transporte que el demandante hubiera efectuado. Sobre lo tercero (que los pagos se realizaban habitualmente) obran como pruebas, además de las declaraciones referidas, los comprobantes de nómina de folios 201 a 241.

Así las cosas, el pacto que pretendió excluir dichos pagos de la base de liquidación de prestaciones sociales y otros derechos laborales incluido en la cláusula tercera parágrafo tercero del contrato de trabajo (folios 18 a 30) resulta ineficaz.

Para atender al argumento subsidiario del recurso en el que SALUD TOTAL EPS solicita que se de aplicación a la *compensación* de lo adeudado con los valores que recibió el demandante por *subsídios por estudio, rendimientos de aportes sociales, ayudas, compensaciones extra extraordinarias, así como los auxilios establecidos en el régimen de compensación*., se advierte que la sentencia ya declaró probada la excepción de compensación sobre los montos pagados al demandante (audio 3 hora 1 minuto 16:18) y con base en ello descontó los valores pagados cotejando lo que se debían pagar por el factor salarial y así definió el valor realmente causado.

Frente a la compensación de los *subsídios por estudio, rendimientos de aportes sociales* no encuentra el Tribunal que se puedan considerar analógicamente como prestaciones del régimen laboral, como lo declaró AYDA RUEDA (Audio 2 hora 1 minuto 35:10) testigo de la parte demandada, quien ilustró de manera clara la similitud de las compensaciones y las prestaciones sociales.

No obstante que se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del pacto de exclusión salarial, el Tribunal revocará las condenas impuestas por SANCIÓN MORATORIA (con base en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y en el artículo 65 del CST), pues los saldos de prestaciones sociales a favor

del demandante resultaron de la inclusión de dichos factores en la base de liquidación y sobre dichos factores se había acordado un pacto de exclusión salarial que permitía a la demandada entender que había efectuado los pagos que realmente le correspondía pagar.

Para este efecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia admite como eximente de mala fe la *“hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional (..)”*⁹, y esa misma corporación ha otorgado validez plena a los pactos de exclusión salarial en el pasado (sentencia del 20 de octubre de 2009 radicación 35154 MP GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA). Ello permitía a la demandada entender razonablemente (es decir con razones posibles, aunque equivocadas a juicio del Tribunal) que era válida la interpretación que asumió como sustento de sus omisiones.

Pero de todas formas lo cierto es que con posterioridad al cambio de criterio jurisprudencial la Sala Laboral de la Corte Suprema ha negado la procedencia de sanción moratoria frente a pactos de exclusión salarial (sentencia de fecha 29 de julio de 2015 radicación 46167 MP RIGOBERTO ECHEVERRY BUENO).

Finalmente, atendiendo a los argumentos de GOLD RHN SAS sobre solidaridad, y dado que su participación en la relación de trabajo como intermediaria inició el 14 de enero de 2014, se modificará la decisión apelada para disponer que por los aportes a pensión causados por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2006 al 13 de enero de 2014 sólo responde el verdadero empleador SALUD TOTAL EPS.

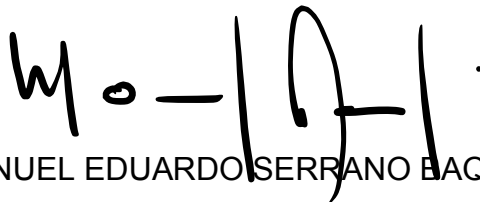
⁹ (CSJ. Sala de Casación Laboral. Sección 1ª. M.P Dr. Francisco Escobar Henríquez, fecha: 18 de septiembre de 1995, rad. 7393; y M.P. Carlos Isaac Nader, fecha: 11 de julio del 2000, rad. 13467)

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** del numeral CUARTO de la sentencia apelada la condena impuesta por “*sanción por no consignación a un fondo de que trata el Art. 99 de la ley 50 de 1990*”; y **REVOCAR** el numeral QUINTO.
2. **MODIFICAR** el numeral SEPTIMO de la sentencia apelada para ABSOLVER a GOLD RH SAS del pago de aportes a pensión causados por el período comprendido entre el 01 de agosto de 2006 y el 13 de enero de 2014.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES BUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LA ENTIDAD NUEVA EMPRESA PROMOTORA
DE SALUD S.A. – NUEVA EPS CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS
RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN
SALUD -ADRES-**

Bogotá D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, y para estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad la sentencia dictada el 9 de marzo de 2020 por el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se condenó a ADRES a pagar \$310.784.192 a favor de NUEVA EPS, por la prestación del servicio de *camas hospitalarias a domicilio*, tecnología NO POS suministrada a los afiliados de la EPS en cumplimiento de fallos de tutela.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD - NUEVA EPS S.A presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el pago de las obligaciones que se derivan por la falta de

reconocimiento de 923 solicitudes de recobro por el suministro de *camas hospitalarias a domicilio* a favor de sus afiliados, en cumplimiento de fallos de tutela, pues considera que dichos insumos fueron prestados en condiciones no establecidas en el POS. Afirma que se agotó el trámite administrativo frente a cada recobro y no se obtuvo el pago efectivo o la devolución de los dineros que canceló a las IPS por dichos servicios, pues fueron rechazados con base en la glosa “POS”. Pide el pago de la suma total de \$312.928.192 conforme el detalle de 923 ítems relacionados en la demanda, junto con los intereses moratorios que establece el artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002, los cuales corren 30 días después de la presentación de la reclamación administrativa radicada el 15 de junio de 2015, la indexación de las condenas, y cualquier perjuicio patrimonial o extra patrimonial que se pruebe en el proceso (ver demanda en folios 20 a 57 y subsanación en folios 321 y 349 del expediente).

Mediante providencia dictada el 18 de abril de 2018 el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. tuvo por no contestada la demanda dado que la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- se abstuvo de allegar escrito de contestación (folio 360).

En memorial obrante en el folio 466, el apoderado de NUEVA EPS manifestó el desistimiento del pago de tres (3) recobros (los radicados con Números 119317765, 122877765 y 123662569), que equivalen a \$2.144.000, y limitó el objeto de litigio a 920 recobros cuyo capital asciende a la suma total de \$310.784.192 por recobros del documento excel contenido en el CD 7 del plenario. Dicho desistimiento fue aceptado en la audiencia celebrada el 9 de marzo de 2020 (CD 8).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de marzo de 2020, a través de la cual el Juez Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la ADRES a pagar la suma de \$310.784.192 por 920 recobros que corresponden a tecnologías y servicios médicos NO POS, en cumplimiento de

fallos de tutela a favor de los afiliados o beneficiarios de la NUEVA EPS SA. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ADRES, a reconocer y pagar a la entidad demandante Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. la suma correspondiente a \$310.784.192 por concepto de los 920 recobros que se aportan relacionados en hoja adjunta de esta providencia de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADRES a reconocer y pagar a la demandante Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. los intereses moratorios causados sobre los recobros relacionados en el numeral primero de la sentencia, los cuales se liquidarán respecto de cada valor adeudado de conformidad con los argumentos también expuestos en la parte motiva de la decisión. TERCERO: CONDENAR a la demandada ADRES a reconocer y pagar costas en el presente proceso, para tal efecto, fijo como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. CUARTO: por ser el Estado el garante de las obligaciones financieras administradas por la entidad demandada, ordeno que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor en los términos del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social con la modificación introducida del artículo 14 de ley 1149 del año 2007”* (CD 8, minuto 54:46).

Para tomar su decisión el juez de primera instancia expuso las normas que regulan los servicios POS, los no incluidos en el POS, y su financiamiento, y para establecer si las *camas hospitalarias* hacen parte de la cobertura del Plan de Beneficios de Salud (PBS) le dio plena credibilidad a las conclusiones a las que llegó el dictamen pericial que aportó la parte actora con la demanda, según el cual las *camas hospitalarias* que suministró la EPS no se encontraban cubiertas por el POS pues no se cumplieron las condiciones establecidas en las normas para que se pudieran financiar con cargo a la UPC, advirtiendo que el dictamen no fue objetado por la entidad demandada. Finalmente, reconoció los intereses moratorios establecidos en el Decreto 1281 de 2002, a partir del momento en el que la EPS radicó los formatos MYT.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del juez, la apoderada de ADRES solicita que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y de forma subsidiaria se revoque la condena a pagar intereses moratorios y costas. Afirmo que la prueba pericial que aportó la parte actora no es conducente ni pertinente, pues no hizo un análisis de las normas que regulaban el POS para el momento de la prestación de los servicios (Acuerdo 008 del 2009, Acuerdo 029 de 2011, Resolución 5521 del 2013 y Resolución 5592 del 2015), según las cuales, la atención domiciliaria se encuentra totalmente a cargo de la EPS y dentro de tal concepto se incluyen las camas hospitalarias. Afirmo que no se aportaron las facturas que soporten los recobros que se reclaman, ni los fallos de tutela que hubiesen ordenado expresamente que tales servicios se pudieran recobrar. Finalmente, aduce la improcedencia de intereses moratorios teniendo en cuenta que las normas no establecen una fecha a partir de la cual la administración se encuentre obligada a pagar los recobros, y que no procedía condena en costas ante la falta de soportes no había claridad sobre la procedencia del pago de las sumas que se están recobrando (CD 8, minuto 58:48)¹.

¹ “En virtud de lo anteriormente manifestado por el despacho, su Señoría, conforme a lo establecido en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y concordantes con el Código General del Proceso, me propongo respetuosamente impugnar el fallo emitido por el despacho bajo las siguientes razones. En el proceso en curso en el desarrollo del mismo se omitió por parte del despacho los argumentos expuestos por mi representada, más teniendo en cuenta la prueba pericial presentada por el demandante no es conducente ni pertinente en el proceso, puesto que en el mismo se omitió el análisis de las resoluciones que establecía el POS para la fecha de prestación del servicio, es decir, Acuerdo 08 del 2009, Acuerdo 029 de 2011, Resolución 5521 del 2013 y Resolución 5592 del 2015, las cuales cada una en su parte establece que la atención domiciliaria es una atención integral la cual está totalmente a cargo de la EPS y que todos sus componentes como lo son la cama hospitalaria, la atención por un experto, hacen parte de esta atención y que está a cargo de la entidad demandante. Ahora, respecto de los soportes presentados en los alegatos de conclusión, se manifiesta al despacho que muchos de los recobros presentados no cuentan con fallos de tutela que ordenen expresamente lo recobrado por la EPS, adicionalmente la factura como soporte primordial que establecen las resoluciones, pues la normativa que establecen los recobros para la fecha de prestación de los servicios recobran la atención domiciliaria la cual hace parte del POS, razones por las cuales esta defensa considera poner en tela, poner en duda la procedencia y la pertinencia respecto de cada una de las afirmaciones que realiza el perito en el dictamen pericial allegado. Adicionalmente conforme a lo establecido en la Constitución Política y respecto del principio de integralidad en las, la normativa Acuerdo 08, las anteriormente

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia el suministro de *camas hospitalarias a domicilio* por parte de NUEVA EPS para sus afiliados y/o beneficiarios en cumplimiento de órdenes de tutela, servicios que son el objeto de recobro ante el FOSYGA, hoy ADRES, a efectos de obtener su pago con cargo a los recursos administrados por dicha entidad. Tampoco se discutió el cumplimiento de los requisitos formales para la presentación de dichos recobros, de conformidad con las normas que regulan este trámite (Decreto 1281 de 2002, la Resolución 3099 de 2008 y la Resolución 5395 de 2013).

De las pruebas se observa además que en todas las cuentas objeto de recobro la entidad impuso la misma glosa denominada *“tecnología en salud recobrada se encuentra incluida en el POS para la fecha de prestación del servicio”*.

Así las cosas, el Tribunal debe definir la procedencia de pago de las cuentas con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud administrados por ADRES, conforme las normas vigentes que regulaban las tecnologías de salud incluidas en el Plan Obligatorio de Salud -POS- y las NO POS para el momento de la prestación de las tecnologías en salud.

mencionadas, establece que la atención domiciliaria es un servicio con cargo a la UPC y todos los insumos, servicios y medicamentos que deriven de esta, se encuentran intrínsecamente incluidos en las mismas, la cual impide su reconocimiento en vía judicial razón por esto solicito o interpongo mi recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria. Segundo, respecto de los intereses moratorios si bien el artículo 4 como lo menciona el despacho establece la procedencia de estos intereses, no establece una fecha en la cual la administración esté obligada a efectuar la cancelación de estos recobros en virtud del flujo de caja que permanece y que está en cabeza de la administración por cuanto no es procedente para la defensa el reconocimiento a los intereses moratorios. Respecto a la condena en costas, la razón fundamental por la cual esta defensa se opone a esta condena es que en virtud de la actuación administrativa respecto del estudio y la procedencia de estos recobros no es procedente la condena en la misma toda vez que está en cabeza de la EPS allegar los soportes que fundamenten los recobros presentados y que dejen, no dejen tela de juicio en vía judicial y en vía administrativa que efectivamente procede el recobro, como en este caso la mayoría o algunos de los recobros señalados se evidencia que no tienen los soportes fundamentales como lo son la factura, como lo son un fallo de tutela que ordene expresamente el valor recobrado por parte de la EPS, en ese orden de ideas, son las razones fundamentales de la presentación del recurso de la presente sentencia condenatoria, gracias su señoría”.

Para el efecto se debe recordar que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) tienen el deber de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a favor de los afiliados (artículo 162 de la Ley 100 de 1993) atendiendo las normas y principios que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, y para financiarlo reciben el valor estandarizado de *Unidad de Pago por Capitalización* (UPC), unidad de medida del costo de los servicios por persona y por año.

No obstante, en las normas y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha asignado a las EPS el deber de prestar servicios que no se encuentran incluidos en el Plan de beneficios de salud (NO POS) pues solo así se garantiza el derecho de los pacientes a recibir un tratamiento médico integral e ininterrumpido, y cuando ello ocurre, bien pueden las EPS's recobrar el valor de tales servicios adicionales para garantizar su sostenibilidad financiera (ver sentencias T-760 de 2008 y Auto 186-2018 de la Corte Constitucional, y el Decreto 1281 de 2002, la Resolución No. 3099 de 2008 y la Resolución 5395 de 2013).

Descendiendo al caso concreto, para establecer si el suministro de *camas hospitalarias a domicilio* se encuentra o no en el ámbito del plan de beneficios financiado por la UPC, el Tribunal se remitirá a las normas que regularon los Planes Obligatorios de Salud en el momento en el cual la EPS prestó dichos servicios (es decir, entre los años 2010 a 2016 conforme los datos contenidos en el Excel presentados por la entidad demandada en el CD 7).

Dichas normas son: el Acuerdo 008 de 2009, el Acuerdo 029 de 2011, la Resolución 5521 de 2013 y la Resolución 5592 de 2015.

El Acuerdo 008 de 2009² define la atención domiciliaria como aquella que “se brinda en el domicilio o residencia del paciente con el apoyo de profesionales, técnicos y/o auxiliares del área de la salud y la participación de su familia o

² Vigente a partir del 1° de enero de 2010.

cuidador”, y establece que las EPS’s podrán organizar dicha atención con su red prestadora de servicios como una modalidad de atención que beneficie al afiliado y mejore su calidad de vida, “de acuerdo con las condiciones y contenidos del Plan Obligatorio de Salud de cada régimen” (artículo 29).

El Acuerdo 029 de 2011³ estableció la atención domiciliaria para “los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante” (artículo 25) y el artículo 29 de la Resolución 5521 de 2013⁴ dispuso esta modalidad de atención como una alternativa, advirtiendo que solo cubre el ámbito de salud y dejando claro, en el párrafo, que “[e]n sustitución de la hospitalización institucional, conforme a la recomendación médica, la EPS serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes. Por lo tanto, si esto implica la necesidad de enseres, camas especiales o adecuación del domicilio, su financiación será con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, si el costo es igual o menor a la atención con internación hospitalaria y de conformidad con lo establecido en el artículo 132 del presente acto administrativo”⁵. El contenido de la norma referida fue parcialmente reiterado en el artículo 27 de la Resolución 5592 de 2015⁶.

Con base en la normatividad aplicable (recobros entre los años 2010 y 2016) la atención domiciliaria (camas hospitalarias a domicilio) se encontraba incluida en el POS y se financiaba con cargo a los recursos de la UPC, y solo excepcionalmente se financiaría con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud administrado por ADRES (en el caso de la Resolución 5521 de 2013) el exceso que se llegase a presentar entre el costo

³ Vigente a partir del 1° de enero de 2012.

⁴ Vigente a partir del 1° de enero de 2014.

⁵ El artículo 132 de la Resolución 5521 de 2013 establece: “[e]n el evento en que se prescriban tecnologías en salud, tratamientos, o servicios que sean alternativas a las cubiertas en el POS, cuyo costo por evento o per cápita sea menor o igual al costo por evento o per cápita de lo incluido en el POS, dichas tecnologías, tratamientos o servicios serán suministrados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación, siempre y cuando cumplan con los estándares de calidad y habilitación vigentes y se encuentren, de ser el caso, debidamente certificados por el INVIMA o la respectiva autoridad competente”.

⁶ Vigente a partir del 1° de enero de 2016.

de suministrar la *cama hospitalaria a domicilio* y el costo de prestar el servicio de *hospitalización institucional*.

En este orden de ideas, para obtener una decisión favorable a sus pretensiones la EPS demandante tenía que probar en el proceso que se presentó un exceso entre el costo de la *cama hospitalaria a domicilio* y el mismo servicio hospitalario en las instalaciones de su red prestadora de servicios, pues solo en este escenario se podía entender -excepcionalmente- que la EPS suministró tales tecnologías en salud por fuera de las condiciones establecidas en la cobertura del plan obligatorio de salud (POS).

Sin embargo, en este expediente no se adujo ni probó dicho supuesto fáctico.

El dictamen pericial realizado por el médico FERNANDO QUINTERO BOHÓRQUEZ de la consultora AGS COLOMBIA (ver dictamen en folios 69 a 270) que concluyó la naturaleza “NO POS” de todas las *camas hospitalarias domiciliarias* suministradas por la EPS objeto de recobro estudió cada uno de los recobros y se relacionó la siguiente información: (i) el nombre del paciente, (ii) el diagnóstico⁷ del que se derivó la orden del médico tratante para suministrar el servicio de “CAMA HOSPITALARIA PARA USO DOMICILIARIO” para manejar la enfermedad, (iii) que la prestación del servicio se ordenó mediante fallo de tutela, y, (iv) y la norma vigente que regulaba el POS para la fecha de prestación del servicio; pero nada dijo sobre el valor de la cama hospitalaria para los pacientes internados y/o que se hubiera presentado un exceso respecto del costo del suministro de la *cama hospitalaria a domicilio*. Simplemente concluye en todos los casos que “no se evidencia atención domiciliaria, por lo que se considera recuperable ante el FOSYGA”, cuando todas las *camas hospitalarias a domicilio* reconocidas en sede constitucional contaban con la orden del médico tratante para el manejo de la enfermedad

⁷ Demencia, insuficiencia renal crónica, enfermedades cerebrovasculares, paraplejía, cuadriplejía, hipertensión, accidente vascular encefálico, enfermedad de parkinson, infarto cerebral, septicemia, luxación de cadera, enfermedad de alzheimer, enfermedad obstructiva crónica, hemiplejía flácida, aneurisma, secuelas de infarto cerebral, hemorragia gastrointestinal, síndrome de inmovilidad, parálisis cerebral, lupus erimatoso, entre otras.

del paciente (conforme quedó consignado en el mismo dictamen pericial) de lo cual resulta claro que el servicio se prestó en el ámbito de la *atención domiciliaria* y por ello está incluido en el POS en los términos que dispusieron las normas que regulan la materia.

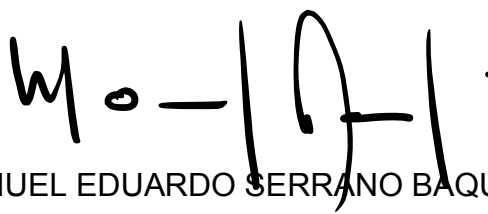
Por todo lo dicho se revocará la decisión de primera instancia que reconoció el valor de los recobros reclamados, y se absolverá a la entidad demandada de todas las pretensiones incoadas.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia. En su lugar se **ABSUELVE** a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES de las pretensiones incoadas en su contra por la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD - NUEVA EPS S.A.
2. **COSTAS** en primera instancia a cargo de la parte demandante.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
ACLARACION DE VOTO



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO MARÍA SILENA MINA BANGUERO CONTRA LA
CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE
LIQUIDADA HOY PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE
CAPRECOM LIQUIDADO REPRESENTADO POR LA FIDUCIARIA LA
PREVISORA S.A.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el 4 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA SILENA MINA BANGUERO presentó demanda contra EL PAR CAPRECON EN LIQUIDACIÓN, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 10 de julio de 1997 y el 27 de enero de 2017, y que el despido es ineficaz por haberse dictado sin tener en cuenta su condición de madre cabeza de hogar. Como consecuencia de lo anterior pide se ordene el reintegro al puesto que ocupaba y se condene al pago de salarios, vacaciones, prima de servicios, cesantías e intereses de las

cesantías, aportes a la seguridad social dejados de percibir desde la fecha de despido (27 de enero de 2017) hasta el momento de su reubicación, con base la última convención colectiva suscrita entre CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN y el Sindicato SINTRACAPRECOM de la cual era beneficiaria.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó mediante contrato de trabajo con la demandada el 10 de julio de 1997 en el cargo de Jefe de Departamento Financiero, con salario de \$4.228.500. Relata que SINTRACAPRECOM y CAPRECOM suscribieron un Acuerdo Extra convencional el 12 de junio de 2013 a través del cual se aceptó suspender parcial y temporalmente por un término de 10 años la Convención Colectiva para permitir el equilibrio financiero de la demandada, y que mediante el Decreto 2519 de 2015 el 28 de diciembre de 2015 se liquidó CAPRECOM quedando a cargo de sus obligaciones laborales la Fiduciaria la Previsora S.A.- El 23 de enero de 2017 CAPRECOM le informó la supresión de su cargo sin tener en cuenta su condición de madre cabeza de familia (Expediente Digital folios 1 a 21 y subsanación 79 a 98).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada de manera extemporánea por la demandada. En su escrito afirma que en su condición de vocera no es continuadora del proceso liquidatorio ni sucesora procesal de la demandada, y que la actora no fue trabajadora de FIDUPREVISORA S.A.- Señaló que la mayoría de hechos y circunstancias no le constan, e indicó que, según la prueba documental, la terminación del vínculo no tuvo relación alguna con la existencia de estabilidad laboral reforzada, pues obedeció a la extinción definitiva de CAPRECOM EICE por orden del Gobierno Nacional (Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015) (Exp. Digital folios 110 a 119 y 110 a 117).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 4 de diciembre de 2020 por el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá mediante la cual negó el reintegro y absolvió al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO de las pretensiones de la

demanda. Para tomar su decisión, el Juez estimó que la entidad demandada garantizó la vinculación de la demandante hasta el 27 de enero de 2017, fecha en la que se publicó el acta final de liquidación de la extinta CAPRECOM y desde la cual la entidad se encontraba extinguida. Señaló que la sentencia SU388 de 2005 ampara los derechos de las madres cabeza de familia, pero también considera viable la indemnización como forma de reparar los perjuicios originados en la estabilidad de personas como la demandante, a quien se pagaron más de \$170.000.000 por la extinción de la entidad, causa legal de terminación del contrato. Consideró que la protección Laboral de las madres cabeza de familia no tienen carácter absoluto ni es indefinida en el tiempo pues la terminación del contrato puede ocurrir por justa causa, o por causa legal, como ocurrió con la demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER AL PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO del cual es vocera y administradora la SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, respecto de las pretensiones de la demanda relacionadas con la ineficacia de su desvinculación, el reintegro y sus consecuenciales propuestas por la señora MARIA SILENA MINA BANQUERO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES, dadas las results del juicio, el despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas. TERCERO: COSTAS lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de cada una de las accionadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el superior”* (Expediente digital Minuto 30:30)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante aduce que los documentos y pruebas aportadas al expediente demuestran su condición de madre cabeza de

familia y que tenía por ello especial protección según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Afirma que para tasar la indemnización se debe tener en cuenta *“un acuerdo un extra convencional”* que se aplicó a otros trabajadores de la demandada (Minuto 12:50)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que las partes ejecutaron un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de julio de 1997 y el 27 de enero de 2017, durante el cual la demandante se desempeñó como Jefe de Departamento Regional, y recibió como última remuneración mensual \$4.471.643 pesos. Tampoco se discutió que la actora ostentaba la condición de madre cabeza de familia, y que al momento de terminación del contrato le fueron pagados \$170.053.386 por concepto de indemnización. Estos hechos se corroboran además con los documentos de folios 25 a 31 del expediente judicial, y los PDF obrantes en el expediente administrativo (digital).

El Tribunal debe definir si la demandante tiene o no derecho al reintegro.

Para resolver lo pertinente la Ley 790 de 2002 estableció una protección especial para las mujeres cabeza de familia dentro de los procesos de renovación de administración pública. Según ella *“no podrán ser retirados del servicio, en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan*

¹ “Señoría voy a manifestar la apelación. De la manera más respetuosa quiero interponer el recurso de apelación en contra la decisión proferida por el señor juez, en cuanto conforme a los documentos, pruebas aportadas en el expediente, se logra demostrar que efectivamente ostentaba la calidad de cabeza de familia, adicionalmente pues el reconocimiento por parte de la entidad, adicional que se le realizó un acuerdo extraconvencional a todos los trabajadores y no solamente por tener la condición que tiene en cuenta mi prohijada de ser cabeza de familia. Básicamente sobre eso sustentó la apelación. Teniendo en cuenta que me prohijada cuenta con una especial protección, de acuerdo a la sentencia de la Corte Constitucional, de acuerdo con el reconocimiento y la sentencia 388 de 2005. También aunado a lo que ya se mencionó que la entidad le reconoció, pues realmente se tiene por presente que a la que a la demandante la indemnizaron y demás, la indemnizaron, pero si bien es cierto realizaron con los demás empleados un acuerdo extra convencional y no solamente por tener la condición que tiene si no la tenía. sobre eso soportó la apelación”.

con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley". El artículo 12 del Decreto Reglamentario 190 de 2003 dispuso a su vez que "(...) dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1° del presente decreto" (Subrayado fuera del texto original); y el Decreto Reglamentario 190 de 2003, en su artículo 1° definió como madres cabeza de familia a las mujeres " (...) *con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada*"².

Sobre la protección referida, la Corte Constitucional ha dicho reiteradamente (entre otras en la sentencia T-849 de 2010) que la establecida referida se debe mantener "*hasta que la entidad objeto de supresión finalice el proceso de liquidación*", asunto sobre la cual también se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para señalar que la protección concebida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2012 termina cuando ocurre la liquidación definitiva de la entidad, pues "*(...) ni tal garantía es absoluta ni la mencionada obligación en cabeza del encargado del trámite liquidatorio es indefinida en el tiempo, en la medida que, bajo el escenario de*

² "ARTÍCULO 1o. DEFINICIONES. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por: ...1.3. Madre cabeza de familia sin alternativa económica: Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada..."

inexistencia física y jurídica de la entidad, mantener esa protección carece de todo fundamento en derecho”³.

Con estas premisas normativas y Jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia pues CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN demostró haber mantenido la protección especial de la demandante hasta el cierre de su proceso de liquidación, como lo dispone el ordenamiento jurídico.

Esto se demuestra con la comunicación del 19 de febrero de 2016 (folio 27) en la cual se informó a la demandante que por ser madre cabeza de familia sin alternativa económica gozaría de estabilidad reforzada durante el proceso liquidatorio; y con el documento de folio 31 expediente digital del cual se

³ STL 8430-2017 M.P Fernando Castillo Cadena “la Sala ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que la protección a esta clase de sujetos, en el marco del proceso de renovación de la administración pública, debe ser otorgada hasta que se dé la liquidación y extinción de la entidad, pues una vez esto sucede, cesa su existencia como persona jurídica y así mismo su capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Así, en CSJ STL4621-2016, se sostuvo que: [...] el punto de la controversia constitucional consiste en determinar si es procedente ordenar al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, en coordinación con el Ministerio del Trabajo, la reubicación laboral de la accionante en cualquier entidad pública.

Para el efecto, importante recordar lo adocinado en la reciente sentencia CSJ STL9797-2015, oportunidad en la que esta Sala se pronunció sobre el marco normativo y jurisprudencial del retén social consagrado en favor de los trabajadores de entidades que entraron en proceso de reestructuración o liquidación; en esa ocasión se consignó:

[...] en los procesos de reestructuración de entidades de la administración pública, si bien es cierto, se deben proteger los derechos fundamentales de los trabajadores que dada su especial condición merecen un tratamiento diferencial positivo, también lo es que la estabilidad reforzada no puede ir más allá del último acto de liquidación, pues ni tal garantía es absoluta ni la mencionada obligación en cabeza del encargado del trámite liquidatorio es indefinida en el tiempo, en la medida que, bajo el escenario de inexistencia física y jurídica de la entidad, mantener esa protección carece de todo fundamento en derecho. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia SU -377/14, también manifestó: “32. Esto no quiere decir que en virtud del retén social las personas tengan derecho a una estabilidad laboral reforzada más allá de la conclusión de un proceso liquidatorio. La estabilidad laboral del retén social se traduce en el ‘derecho a permanecer en el cargo hasta el último acto de liquidación de la entidad, salvo que se configure una justa causa de despido y ésta sea verificada por la autoridad laboral correspondiente’. Las tutelas que persiguen estabilidad laboral especial más allá de la liquidación, han sido negadas por la jurisprudencia en ese aspecto”. Lo expuesto en precedencia, se itera, implica una obligación de protección especial a los sujetos del retén social únicamente hasta el momento de la liquidación definitiva de la entidad, en este caso hasta el 27 de enero de 2017...”.

deduce que el vínculo laboral se terminó a partir del 27 de enero de 2017 cuando culminó la liquidación definitiva de la entidad, conforme a lo previsto en el Decreto 2192 del 28 de diciembre de 2016⁴ (pdf 44, expediente administrativo). En ese momento se le pagaron \$170.053.386 como indemnización de los perjuicios que se pudieron causar.

La Sala no se pronunciará sobre otros derechos extralegales que se hubieran podido causar en favor de la demandante, pues sobre estas materias carece de objeto el recurso de apelación.

En los términos del artículo 66A del CPL *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto de apelación”* y dichas materias se deben expresar *“en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria”* (artículo 66) y frente a otros derechos el recurso no planteó argumentos jurídicos o fácticos específicos, ni se aportó al expediente texto alguno de Convención Colectiva que los consagrara, menos aun se concretaron cuales acuerdos extralegales o derechos específicos se causaron ni cuales son los pagos que se pretenden en el recuso con fundamento en ellos.

Sobre la materia se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia CSJ SL, 7 jul. 2009, Rad. 32960 entre otras).

Costas en segunda instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

⁴ DECRETO 2192 DE 2016 *Artículo 1°. Prorrogar hasta el 27 de enero de 2017, el plazo para culminar la liquidación de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom EICE en Liquidación por las razones expuestas en la parte motiva del presente decreto.*

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **COSTAS** en segunda instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D. C.
SALA LABORAL**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARCELA DIAZ SARMIENTO
CONTRA ALLEN IMPRESORES SAS.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) días de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la empresa demandada contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2020.

El Tribunal conforme a lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARCELA DIAZ SARMIENTO presentó demanda contra la sociedad ALLEN IMPRESORES SAS para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo en el cual cumple la función de encuadernadora devengando salario mínimo mensual, y que por culpa del empleador desarrolló las enfermedades *epicondilitis media, sinovitis y tenosinovitis, síndrome del túnel carpiano*, por las cuales debe pagar indemnización plena de perjuicios.

Como fundamento de lo pedido afirma que laboró en la empresa demandada entre el 17 de marzo de 1993 y el 31 de enero de 2001 y posteriormente mediante contrato a término fijo desde el 1º de febrero de 2004 para desempeñar el cargo de encuadernadora, labores que viene cumpliendo

hasta la fecha de presentación de la demanda¹. Señala que la demandada no la capacitó para el cargo ni realizó actividades para evitar las enfermedades laborales que padece pues no contaba con un programa de salud ocupacional y las condiciones del puesto de trabajo no se adaptaron a las condiciones ergonómicas recomendadas que la empresa no atendió oportunamente. Aduce que el síndrome del “*manguito rotador*” se detectó por la ARL en el año 2013 y ha venido aumentado progresivamente y que la Junta de Calificación Regional profirió dictamen de pérdida de capacidad para laborar por las enfermedades *epicondilitis media, sinovitis y tenosinovitis, síndrome del túnel carpiano*, indicando que tienen *origen laboral*, lo que ha generado tristeza, angustia, miedo, ansiedad, y alteraciones del sueño entre, pues no puede llevar una vida normal (folios 6 al 17).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por ALEN IMPRESORES SAS mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que la demandante cumplió las funciones que corresponden a su cargo de encuadernadora, y que ha realizado los procedimientos establecidos para procurar su buen estado de salud (estudios ergonómicos, pausas activas, cumplimiento de las restricciones médico-laborales, permisos para terapias). Indicó que por las enfermedades que padece la ARL reconoció a la demandante la indemnización que corresponde a la incapacidad permanente parcial y pagó \$8.772.340 en proporción al daño sufrido por lo cual estima que el “*daño*” ya fue reparado y que no tiene sustento la petición de perjuicios que reclama la demanda. Indica que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el año 2019, modificó el dictamen No. 51671945- 374 y estableció que el “SINDROME DE MANGUITO ROTADOR” es una enfermedad de origen común, resultado que no fue objetado por la demandante, y que la empresa ha cumplido con el pago de los aportes al Sistema General de Riesgos Laborales cuya finalidad es cubrir las consecuencias derivadas de accidentes

¹ Dentro de las funciones establecidas por la demandada estaban : a) armar una muestra con el material impreso y verificarlo con el macote aprobado por el cliente) diligenciar y colocar el sello a todas las cajas y/o paquetes antes de entregarlos a despacho, c) registrar en la orden de producción cantidad de cajas y/o paquetes, fecha y nombre de quien empaco Y las actividades de la trabajadora eran : levantar a mano libretas con original 2 y 3 copias en papel químico y colocar tapa de lincon, revisar cajas, volantes, etiquetas, cuadernos, afiches y/o cualquier producto comercial y empacarlo en cajas o paquete según la cantidad

de trabajo o de enfermedades laborales. Propuso como excepciones *cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación por pago, inexistencia de la obligación, compensación, ausencia de causalidad, buena fe y la genérica*. (folios 201 a 214).

El 4 de enero de 2020 se allegó al expediente prueba sobreviniente de terminación del contrato de trabajo de la demandante por reconocimiento de pensión de vejez².

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de dos mil veinte (2020), en la cual se declaró la existencia de culpa patronal y se condenó al pago de perjuicios materiales (\$47.093.733,31) y perjuicios morales (20 SMLM vigentes a la fecha de esta sentencia). Para tomar su decisión encontró probado que las enfermedades laborales que padeció por la demandante y determinaron una incapacidad permanente parcial del 23.88% se generaron por culpa del empleador quien no cumplió las obligaciones de cuidado y protección que disponen las normas sobre seguridad industrial en el trabajo durante la relación de trabajo, frente a síntomas que aparecieron en el año 2010. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la culpa patronal de la empresa ALEN IMPRESORES S.A.S. respecto de la enfermedad profesional adquirida por parte de MARCELA DÍAZ SARMIENTO denominada “EPICONDILITIS MEDIA, OTRAS SINOVITIS, TENOSINOVITIS Y SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO”. SEGUNDO: CONDENAR a ALEN IMPRESORES S.A.S. al pago de perjuicios materiales causados a MARCELA DÍAZ SARMIENTO, con ocasión a la enfermedad profesional adquirida en el vínculo laboral que los unió, en la suma de \$47.093.733,31 conforme a la parte motiva de la sentencia. TERCERO: CONDENAR a ALEN IMPRESORES S.A.S. al pago de perjuicios morales causados a MARCELA DÍAZ SARMIENTO, con ocasión a la enfermedad profesional adquirida por el vínculo laboral que los unió, en la suma de 20 SMLMV a la fecha de esta sentencia, conforme a la parte motiva de la sentencia. CUARTO: DECLARAR*

² Folio 1 al 11 Expediente Digital - Reconocimiento de pensión de Vejez a partir del 1º de diciembre de 2019 \$ 828.000.

no probadas las excepciones propuestas por la demandada QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$2.586.000 como agencias en derecho (Audio 2 Hora 2 32:38).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandada afirma que no hay controversia *“frente al tema de la existencia de culpa patronal, tal y como lo ha esbozado dentro de la síntesis la sentencia”*, pero pide tener en cuenta concurrencia de culpas con la demandante y que la empresa una vez tuvo conocimiento de la enfermedad *atendió las recomendaciones médico-laborales*. Insiste en que la pérdida de capacidad laboral fue indemnizada por la ARL y que la demandante recibe en la actualidad pensión de vejez por lo cual no hay daño material que se deba reparar. Estima que el daño moral no se puede probar con el testimonio de dos amigas sin allegar la prueba calificada de un médico tratante, psicólogo o psiquiatra que determine la real situación de afectación psicológica que alega ocurrida la demanda³ (Audio 2 Min 2:32:38).

³ *“Señora Juez, me permito presentar el presente recurso de apelación de la siguiente manera. Primero, no frente al tema de la existencia de la culpa patronal, tal y como lo ha esbozado dentro de la síntesis de su sentencia, el cual hace énfasis frente al tema de la concurrencia de culpas, debe tenerse en cuenta que la culpa efectivamente no es 100% acreditada a mi poderdante, a la compañía ALEN IMPRESORES LTDA., teniendo en cuenta que se tiene acreditado frente a la documental aportada que una vez tuvo conocimiento de la enfermedad por parte de la señora Marcela Díaz Sarmiento, empezó a realizar efectivamente, hacer todas las recomendaciones médico laborales y específicamente, también todas las pausas activas en el cual se encuentran acreditadas dentro de la contestación de la demanda, ahora y frente a esa calificación de pérdida de capacidad o esa pérdida de capacidad laboral que tuvo efectivamente la señora demandante, la señora Marcela Díaz, que en su momento también fue cancelada por parte de la ARL seguros Bolívar, también hay que hacer lo siguiente, una culpa, la culpa patronal como en su, en su sentencia lo establece, también debe ser acreditada y probada por parte de la demandante en este sentido, también se evidencia, que dentro de esta documental, la demandante la señora Marcela Díaz Sarmiento, también existió una concurrencia de culpa, es decir, no daba cumplimiento a esas recomendaciones y a esas terapias para poder superar ese estado de indefensión o esa patología que ella estaba, que ella estaba presentando, ahora bien frente al tema de la, de las otras pruebas que en su momento justifica en su sentencia, que son de las testimoniales la señora Graciela y la señora Fanny, pues no debe tenerse en cuenta frente a los daños morales, los daños morales deben estar efectivamente probados, y no solamente basarse efectivamente en un argumento que alega una prueba, una prueba testimonial, no podemos basarnos en un daño psicológico, recordemos que un daño psicológico o efectivamente una, un estado de presión debe estar acreditado por un médico tratante, ya sea un psicólogo o efectivamente un psiquiatra, no solamente por unas 2 personas que argumentan ser compañeras de trabajo y adicionalmente, ser amigas, por lo tanto, no estoy de acuerdo frente a ese tema de esa tasación de esos daños morales, únicamente basándose en un tema de unas pruebas testimoniales y no acreditándose en una prueba cierta, que sea efectivamente alegada por un médico tratante, especialista en dichos temas. Ahora bien, frente a las indemnizaciones del lucro cesante y frente al daño*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la existencia de contratos de trabajo entre las partes, el primero pactado verbalmente entre el 17 de marzo de 1993 y el 31 de marzo de 2001, y el segundo de término fijo ejecutado entre el 1º de febrero de 2004 y el 4 de enero de 2020.

Tampoco se controvertió que la demandante padeció enfermedades profesionales (*epicondilitis media, sinovitis y tenosinovitis y síndrome del túnel del carpio*) de las cuales se derivó como secuela la pérdida del 23.88%

futuro, aquí hay que establecer lo siguiente. Primero, la señora a pesar de, a pesar estar, o esas aficiones que efectivamente tiene la señora, ya efectivamente la ARL realizó la calificación de pérdida de capacidad laboral y en estos momentos, la señora Marcela Díaz Sarmiento se encuentra gozando de una pensión de vejez, que efectivamente ya fue acreditada y está haciendo cancelada mes a mes por parte de la administradora de COLPENSIONES, por lo tanto es totalmente contraproducente, en tasar una, un lucro cesante hacia futuro de un daño o qué va a dejar de percibir si efectivamente ya se encuentra acreditada y que evidentemente ya está pensionada, ya está recibiendo una pensión, es decir, ya está recibiendo un ingreso qué es lo que va a garantizar su vejez, adicionalmente, la ARL igualmente, también realizó la calificación de esa pérdida de capacidad laboral, en su sentencia, señora Juez argumenta que estas no son excluyentes o que una no cubre la otra indemnización subjetiva por la culpa patronal, lo que sí debe anotarse aquí en esta sentencia, es que una vez se tuvo conocimiento de esa enfermedad que tuvo la trabajadora, efectivamente la empresa empezó a realizar todos los exámenes y recomendaciones médicas, citas médicas, beneficios adicionales para efectivamente realizará esta persona, subsanar esa enfermedad y esa evidencia que se infería, y más aún, que está señora tampoco cumplió con esas recomendaciones que en su misma sentencia alegaba que era la concurrencia de culpas, y que durante los dictámenes establecidos por la ARL pues ésta no cumplía con esas recomendaciones médicas laborales establecidas por parte de la ARL. Ahora, estableciendo también el argumento de su sentencia, en el cual se basa que dos, que dos organismos son totalmente distintos es totalmente entendible, pero no podemos basarnos únicamente y exclusivamente en un argumento por parte de unas personas que alegan que es que yo la vi llorando o yo la vi, que esta persona no puede valerse por sí misma porque no está acreditado en ninguna prueba, aportada por la parte demandante dentro del expediente se encuentra acreditada que la persona dependa de una tercera persona o que no puede hacerse o que no pueda valerse por sí misma y eso no está acreditado, por lo tanto, no podemos argumentar de esa indemnización de perjuicios, que usted está argumentando o que está basándose al momento de argüir la sentencia. Ahora, ahora bien, también establecer y aclarar efectivamente, frente al argumento de la señora Graciela Moreno, que ella argumenta que estuvo vinculada desde el año 94 hasta el año 2010, estuvo vinculada aproximadamente unos 16 años y no unos 6 años como lo asevera en la sentencia la señora juez, es una gran diferencia de 16 años a unos 24 a unos 22 años, estamos aproximadamente unos 4 años de diferencia al momento de proferir su sentencia, no hacer efectivamente la precisiones de los años y la prestación de servicio que se encontraba tanto la señora Marcela Díaz Sarmiento, como la persona Graciela Moreno, es por eso señora Juez, que me baso, mi recurso de apelación para que sea enviado al superior jerárquico ante el Tribunal Superior de, al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se tenga en cuenta y solicite y revocar la decisión o modificar efectivamente al momento de realizar la tasación de estas indemnizaciones en está presente sentencia. Gracias”.

de su capacidad laboral, ni que por tal afectación recibió de la ARL como indemnización \$8.772.340 (folio 166).

También se demostró durante el proceso, sin controversia de las partes, que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez, hecho que acredita la copia de la Resolución SUB 307088 del 8 de noviembre de 2019 mediante la cual COLPENSIONES reconoce la prestación a partir del 1 de diciembre de 2019 en la suma de \$828.116 mensuales, con fundamento en la Ley 797 de 2003.

Acorde con las materias que fueron objeto de apelación y limitan la competencia del Tribunal en segunda instancia (artículo 66A del CPL) el Tribunal debe definir: (i) si se pueden reducir las condenas por concurrencia de culpa de la demandante en las enfermedades de origen profesional que padeció; (ii) si se pueden compensar los pagos recibidos por la demandante de la ARL como indemnización de la incapacidad permanente parcial, con las indemnizaciones a cargo del empleador; y (iii) si se probaron o no perjuicios morales.

(i) Para resolver lo primero el artículo 216 del CST dispone para los empleadores sobre quien se demuestre *con suficiencia* la existencia de culpa en la ocurrencia de accidentes o enfermedades profesionales de los cuales se deriven secuelas, la obligación de pagar la indemnización total y ordinaria de los perjuicios que sufre el trabajador, pudiendo descontar de las sumas adeudadas por este concepto las prestaciones en dinero que haya reconocido.

Con esta norma se pretende de los empleadores la ejecución de acciones concretas y suficientes para prevenir riesgos laborales, sancionando las omisiones comprobadas en esta materia con la obligación de pagar la indemnización de *todos* los daños que hubiera sufrido el trabajador.

Para decidir sobre esta responsabilidad, reiterada jurisprudencia de la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que si bien la carga de probar la diligencia debida frente a las omisiones de las que se acuse a un empleador la tiene éste, para que tal defensa se pueda ejercer

adecuada y válidamente en un proceso judicial la parte demandante debe aducir cuales fueron las acciones o las omisiones concretas y específicas del empleador que generaron el accidente o en la enfermedad que causó los perjuicios. El debate se centrará en consecuencia en la ocurrencia o no de dichas omisiones.

En este expediente se acusa al empleador de no haber capacitado a la demandante para las funciones de encuadernadora, de haber incumplido la obligación de mantener un Programa de Salud Ocupacional durante el tiempo en que se estructuraron las enfermedades profesionales, y de no haber adecuado el puesto de trabajo de la demandante pese a las recomendaciones que en la materia hizo la ARL Seguros Bolívar.

El recurso no planteó controversia sobre la existencia del daño, o de culpa, o de relación de causalidad entre dichos elementos. Afirma el apoderado de la demandada que hubo *conurrencia* de culpas con la demandante quien desatendió las recomendaciones impartidas para su seguridad en su puesto de trabajo.

Revisado el expediente el Tribunal confirmará esta parte de la sentencia apelada, pues no encuentra evidencia de que la demandante hubiera omitido recomendaciones *esenciales* sobre su seguridad o salud al ejercer las funciones encomendadas por el empleador. Por el contrario, se demostró que fue la demandada quien no cumplió las obligaciones generales de protección y seguridad previstas en el art. 56 del C.S.T., ni las especiales consagradas en el art. 57 numerales 1° y 2° desde el inicio de la relación de trabajo, y que dio cumplimiento unas e incumplió otras de las recomendaciones que hizo la ARL frente a sus funciones. Si bien el documento de folio 143 acredita un llamado de atención a la demandante por la ARL por no usar las *férulas* durante la noche, de ninguna manera se puede entender que dicha omisión hubiera sido la causa eficiente de las enfermedades padecidas⁴.

⁴ Frente a las omisiones de las que se acusó a la demandada, obra de folio 136 a 144 el análisis del puesto de trabajo realizado en el año 2011 del cual se deduce que desde el julio de 2010 iniciaron los síntomas de las enfermedades y se detectó que tenía concentración de movimientos

Además, como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, la existencia de culpa *no eficiente* del trabajador en la ocurrencia del accidente o la enfermedad no exime a este último de la indemnización plena de perjuicios dispuesta en el artículo 216 del CST. Así lo consideró esa Corporación en la sentencia CSJ SL 2824-2018⁵.

(ii) Sobre la ausencia de indemnización a cargo del empleador por el pago efectuado por la ARL, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene sentado desde antaño que es plenamente compatible la indemnización que pague la ARL al trabajador por las secuelas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, con la indemnización a cargo del empleador por su culpa en la ocurrencia de tales contingencias. En palabras de la Corte (sentencia SL2845 de 2019) *“La indemnización de perjuicios por culpa grave o leve del empleador no se subsume en las prestaciones del sistema general de riesgos profesionales, puesto que estas tienen un carácter protector y*

repetitivos en miembros superiores repetitivos y tendinitis y por ello se recomendó a la demandada implementar evaluaciones periódicas de ingreso y retiro de los trabajadores, realizar capacitaciones de higiene postural, implementar pausas activas, y estimular el autocuidado en el personal, recomendaciones que se reiteraron el 12 de marzo de 2012 (folio 170) y que la demandada no demostró haber cumplido, pues solo durante el año 2012 implementó el programa de pausas activas que no se demostró desarrollado entre los años 2014 a 2016, ni se demostró que se hubiera cumplido con el programa de salud ocupacional o con las normas de medicina e higiene en el trabajo en la periodicidad ordenada. Obra además en folios 113 a 115 una comunicación de la ARL que hace un llamado de atención a la empresa, pues conforme al estudio realizado en el puesto de la demandante se identificó el *cumplimiento parcial con las restricciones laborales enviadas a la empresa*, y pese a que se realizan otras recomendaciones sobre capacitaciones en mecánica corporal, manejo de transporte de carga, y gimnasia laboral, la demandada no demostró haberles dado cumplimiento. Sobre la materia declaró la testigo FANNY BUITRAGO (Audio 2 minuto 59:49).

⁵ *“Todo ello pone en evidencia la conducta pasiva y negligente del empleador que no se desvirtuó en el curso del proceso, en cuanto en su defensa se limitó a invocar la culpa del trabajador que, de existir, no lo exime de responsabilidad tal como lo ha dicho esta Sala de la Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades, entre otras, en la sentencia CSJ SL5463-2015, en la que adoctrino que la «responsabilidad de la empresa en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, en la indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas» (...).”*

prestacional frente al riesgo, objetivo propio de la actividad laboral, mientras que aquella es de carácter resarcitorio ante la negligencia subjetiva del empleador, con lo cual quien recibe las dos, no obtiene doble reparación del mismo perjuicio” (...) las entidades de seguridad social no asumen las indemnizaciones originadas en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que ocurran por culpa suficientemente comprobada del empleador y, por tanto, no es dable que se disminuya del monto de la indemnización plena de perjuicios a su cargo, las sumas dinerarias sufragadas por aquellas que las cubren bajo una teleología proteccionista y prestacional diametralmente opuesta a la incuria del empleador (CSJ SL 18520, 25 jul. 2002, CSJ SL 35158, 30 nov. 2010, CSJ SL 39798, 13 mar. 2012, CSJ SL10985-2014 y CSJ SL 5463-2015, entre otros)”.

El mismo razonamiento cabe frente a la compensación del lucro cesante futuro con las mesadas de pensión de vejez que recibe la demandante, pagos que, de todas formas, no se podrían integrar pues corren a cargo de una entidad diferente del Sistema de Seguridad Social Integral y tienen origen en hechos distintos a una enfermedad profesional.

(iii) Finalmente y en relación con la prueba de los daños morales, basta recordar que el perjuicio moral impacta la órbita interna del sujeto, y por ello no es susceptible de prueba directa. Se manifiesta en forma de dolor, congoja, pesadumbre, aflicción, intranquilidad o cualquier forma de alteración emocional, y la prueba de estas circunstancias en el afectado por cualquier medio -como ocurrió en el expediente-⁶ es suficiente para declarar su existencia sin que se requiera de un peritaje médico como lo estima el recurrente.

⁶ Los testimonios de GRACIELA MORENO -excompañera de Trabajo- (Audio 2 minuto 41:07) y FANNY BUITARGO SIERRA -excompañera de Trabajo- (Audio 2 minuto 57:45) afirman que veían llorar a la demandante y que esta les decía que la deprimía sentirse enferma, que prefería encerrarse y “*que no podía valerse por ella misma - que necesitaba de ayuda de sus familiares para realizar actividades*”. La primera testigo manifestó que alguna vez que la acompañó a un transporte tuvo que ayudarle a subir y bajar del bus debido a sus dolores.

Según jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, este tipo de perjuicio incluso se debe presumir de los hechos que dañan la integridad de las personas o le causan la muerte, y por ello la prueba pericial solamente sería necesaria cuando el demandado en el proceso pretende excluir la ocurrencia de daño moral alegando que la congoja tristeza o depresión no fueron fruto de las lesiones sufridas en el accidente o la enfermedad, sino de una condición patológica del afectado.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en segunda instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$200.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado