REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA PATRICIA GIRALDO ZULUAGA CONTRA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2017 00483 01 Juz 09.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA PATRICIA GIRALDO ZULUAGA demandó a OLD MUTUAL, PORVENIR, PROTECCION y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios. 67 a 79.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petitia.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 67 a 69. Nació el 19 de abril de 1959, se afilió al ISS el 15 de diciembre de 1986. Se trasladó a la COLMENA (hoy Protección S.A.) el 6 de abril de 1994, momento para el cual contaba con 481,57 semanas cotizadas. Posterior a esto se trasladó a Porvenir el 21 de octubre de 1999. Y en la actualidad está afiliada a Old Mutual desde el 1 de mayo de 2007. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del

traslado de régimen, así como las características propias como capitalización. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. Las AFP no desalentaron a la demandante en continuar vinculada al RAIS. Solicitó la afiliación ante las AFP Porvenir, Protección y Old Mutual la nulidad de la afiliación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones, AFP Porvenir, AFP Protección y Old Mutual contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en folios. 237 a 247.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la edad de la actora
- Formuló como excepciones de mérito; imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios de consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación y genérica o innominada.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 90 a .97

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la edad de la actora, el derecho de petición radicado a esta y su respectiva respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica o innominada.

La **AFP PROTECCION** contestó en los términos del escrito visible a folios 209 a 225.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la edad de la actora, la vinculación inicial a este régimen con Protección, la solicitud que le fue realizada a esta sobre la nulidad del traslado y su respectiva respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

La **AFP OLD MUTUAL** contestó en los términos del escrito visible a folios 181 a 192.

- Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de traslado de la actora a esta entidad, la solicitud de anulación de traslado que le fue realizada y su respectiva respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó a través de la AFP Protección de fecha 6 de abril de 1994, es decir, siempre permaneció la actora en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a la AFP Old Mutual S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo y reactivar la afiliación de la actora, de igual manera condenó en costas a Protección S.A. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (Protección) no desplego su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado de régimen, esto debido a que solo aportaron al proceso el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones, los formularios de afiliación de la actora a las AFP y el interrogatorio de parte a la demandante en la que se evidenció que solo se brindó una información muy general de las características del régimen. De igual manera que no se entiende ratificado el traslado al haber realizado la actora cambios entre las AFP, ya que la actuación viciada de validez entre el régimen de traslado de prima media a régimen de ahorro individual no se convalida con estos traslados. Por último, que al estar la nulidad de

traslado relacionada con los derechos pensionales de la actora se evidencia que la prescripción no opera ante esta situación.

Recurso de apelación

La demandada COLPENSIONES solicitó que no se accedan a las pretensiones de la actora y alegó que en este caso no se presenta ningún vicio del consentimiento al momento del traslado, que no existía ninguna expectativa legítima a favor de la actora en ese momento. Dijo también que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y no procede su traslado en cualquier tiempo, además de que no saber que su monto de mesada pensional iba a ser mayor en el régimen de prima media que en régimen de ahorro individual no prueba que se le haya otorgado una información errónea por parte de la AFP. También que se ratifica el traslado al haberse movido 3 veces entre diferentes AFP y permanecer más de 25 años en este régimen pensional.

La demandada OLD MUTUAL solicitó se modifique parcialmente la sentencia proferida en lo relacionado a la imposibilidad de descontar gastos de administración, alegó que esta entidad hizo uso de estos dineros para el pago de la póliza de seguro brindada a la demandante y en los gastos incurridos por los movimientos de los dineros de la cuenta de la actora, que al obligar a devolver estos dineros se generaría un detrimento en el patrimonio de la entidad. De igual forma que se debe tener en cuenta que al volver las cosas a su estado inicial por la nulidad decretada y que en el régimen de prima media no se genera la rentabilidad, ordenar trasladar estos dineros generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide se confirme la decisión proferida debido a que las demandadas no probaron haber cumplido con la debida diligencia o asesoría al momento de la afiliación de la demandante al RAIS, por lo que no cumplieron con su carga procesal y legal en este caso, deber que siempre ha existido independientemente de un régimen de transición o expectativa legitima. Así mismo, dice que al tratarse en este proceso derechos pensionales hay una imprescriptibilidad de la acción.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** Requiere se revoque el fallo proferido porque no se probaron vicios en el consentimiento en este caso por parte de la actora, la demandante no tenía una expectativa legitima al momento del traslado de régimen ni es beneficiaria del régimen de transición para trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo. Igualmente, que al trasladarse entre AFPs se evidencia que la actora tenía la voluntad de permanecer en el RAIS y que en la actualidad no cumple los requisitos legales para trasladarse de régimen pensional, por lo que el traslado de la actora generaría una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pensional y descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones.

- **PROTECCIÓN:** Solicita se revoque la decisión proferida ya que la demandante decidió hacer el traslado de manera voluntaria según lo exigido por las normas de la época, que realizó además actos de relacionamiento como solicitudes de información y traslados horizontales por lo cual se evidencia el deseo de permanencia en el RAIS.

- **SKANDIA:** Pide se revoque la sentencia dictada en razón a que la jurisprudencia aplicada al caso de la Corte Suprema de Justicia viola el principio de confianza legítima al imponer a las AFP cargas probatorias que antes no exigía la ley, dijo además que esta entidad actuó de buena fe y cumplió sus deberes contractuales con la actora por lo que le corresponde a esta los valores correspondientes a los gastos de administración y devolverlos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. De la misma forma, dice que no es procedente devolver los gastos pagados a la aseguradora para cubrir la invalidez y muerte de la accionante durante la vigencia de su afiliación porque ya fue pagado este dinero y no se encuentra en las arcas de la AFP.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto*

del recurso de apelación", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los rendimientos.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 4 (folios. 248), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 6 de abril de 1994, cuando solicitó su vinculación a la AFP COLMENA (hoy AFP PROTECCIÓN S.A.) según formulario que reposa a folio 204; posterior a ello se trasladó a la AFP PORVENIR el 21 de octubre de 1999 (fl. 105); en la actualidad está afiliada a la AFP Old Mutual, a la cual se trasladó el 20 de febrero de 2007 (fl. 162).

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Con relación a esto, si bien la actora el 6 de abril de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA (hoy AFP Protección S.A.) (fl. 204), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

En vista que se trata de una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña*"

ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Protección, entidad esta que asumió la afiliación que hizo la demandante, ni las demás demandadas en el proceso, ya que allegaron el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y la declaración rendida por esta en la que dice haber hecho el traslado de forma voluntaria y haber recibido una explicación general del régimen pensional; lo cual no acredita haber expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, que es posible

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), y es por esto, que el argumento de permanencia en el RAIS no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión de cambio de régimen.

Se debe tener en cuenta que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón[4], y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legitima, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional* ***no se exige*** *que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración dentro de los

---

[4] *" Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*
Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.
Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.
(…)
En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

que se encuentra las primas de seguro y los dineros destinados a generar rendimientos, impartida en contra de la AFP OLD MUTUAL, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del régimen de ahorro individual devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008[5]), ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta ni de Colpensiones.

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

La de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de los recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho para Colpensiones y Old Mutual.

---

[5] "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. La de primera se confirma. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes Colpensiones y Old Mutual. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE ÁNGEL IVÁN OTÁLORA BELTRÁN contra LUIS ALFREDO MANCERA, MIGUEL ANTONIO MANCERA, VÍCTOR HUGO MANCERA, BLANCA CECILIA MANCERA, BERENICE MANCERA, ERNESTO MANCERA (HOY CALDERÓN MANCERA). Rad. 2017 00653 02 Juz. 16.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ÁNGEL IVÁN OTÁLORA BELTRÁN demandó a LUIS ALFREDO MANCERA, MIGUEL ANTONIO MANCERA, VÍCTOR HUGO MANCERA, BLANCA CECILIA MANCERA, BERENICE MANCERA, ERNESTO MANCERA (HOY CALDERÓN MANCERA) para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 197 y 198.

- Existencia de contrato de prestación de servicios profesionales.
- Pago de los honorarios a razón del 35% sobre los avalúos comerciales de los inmuebles adjudicados en la sucesión.
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 194 a 197. Los señores LUIS ALFREDO CALDERÓN MANCERA, MIGUEL ANTONIO CALDERÓN MANCERA, VÍCTOR HUGO CALDERÓN MANCERA, BLANCA CECILIA CALDERÓN MANCERA, BERENICE CALDERÓN MANCERA y ERNESTO CALDERÓN MANCERA confirieron poder especial amplio y suficiente el 24 de octubre de 1989 al Dr. Luis Enrique Jiménez Santamaría

parta instaurar demanda de filiación natural y petición de herencia, en consecuencia el 27 de junio de 1994 el Juzgado Promiscuo de Familia de Funza Cundinamarca profirió sentencia en virtud de la cual los demandados adquirieron los apellidos CALDERÓN MANCERA. Posteriormente se tramitó el proceso de petición de herencia, el que finalizó mediante sentencia de fecha 2 de octubre de 2008, en esta se aprobó la división de los bienes de la sucesión de Miguel Calderón Balsero, en común y proindiviso en dos grupos de herederos. Los inmuebles fueron entregados a los demandados, sin embargo les fue arrebatada la posesión por sus medios hermanos, quienes además iniciaron cuatro procesos de pertenencia ante el Juzgado Civil del Circuito de Funza, los que no tuvieron desfavorables a los accionantes, es de anotar que en estos la defensa de los hermanos Calderón Mancera fue asumida por el demandante. Posterior a ello inicio el abogado Otálora Beltrán proceso reivindicatorio ante el Juzgado Civil del Circuito de Funza, el que fue terminado por transacción. En diligencia del 5 de noviembre de 2013 dentro del Despacho Comisorio No. 227 procedente del Juzgado Civil del Circuito de Funza Cundinamarca le fueron entregados a los demandados los predios denominados "EL ROSQUETE", "SAN RAMON LA CONCORDIA", "EL PORVENIR" y "LA CORTINA". La labor inicialmente contratada con el Dr. Luis Enrique Jiménez Santamaría, proceso de filiación y petición de herencia, fue continuada por el demandante, debido a las afecciones de salud padecidas por el Dr. Jiménez Santamaría, actuaciones que se adelantaron total diligencia y terminaron con éxito. Los honorarios pactados correspondían a $120.000 y el 35% de lo que les corresponda, sobre el valor comercial de la herencia recibida. La actuación más reciente fue el 27 de mayo de 2016, cuando el actor solicitó el levantamiento de las medidas cautelares sobre los inmuebles antes enunciados. Requirió a los demandados para que realizaran el pago de sus honorarios, sin obtener respuesta favorable.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, contestaron de la siguiente manera:

Los demandados **BLANCA CECILIA CALDERÓN MANCERA, BERENICE CALDERÓN MANCERA, ERNESTO CALDERÓN MANCERA, VÍCTOR HUGO**

CALDERÓN MANCERA y **MIGUEL ANTONIO CALDERÓN MANCERA**, contestaron en los términos del escrito visibles a folios 281 a 308.

- Se opusieron a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptaron; el trámite de los procesos de filiación y petición de herencia. El contrato de prestación de servicios suscrito con el abogado Luis Enrique Jiménez Santamaría para los procesos de filiación y petición de herencia. Los honorarios pactados. El curso de los procesos de pertenencia en los cuales estuvieron representados por el actor. La interposición del proceso reivindicatorio y su terminación por conciliación. El abogado Otálora solo actuó al final del proceso sucesorio.
- Formulo como excepciones de fondo; falta de competencia, falta de legitimación en la causa por activa, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, inexistencia o inexigibilidad de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica.

El demandado **LUIS ALFREDO CALDERÓN MANCERA**, contestó en los términos del escrito visible a folios 476 a 500.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el trámite de los procesos de filiación y petición de herencia. El contrato de prestación de servicios suscrito con el abogado Luis Enrique Jiménez Santamaría para los procesos de filiación y petición de herencia. Los honorarios pactados. El curso de los procesos de pertenencia en los cuales estuvieron representados por el actor. La interposición del proceso reivindicatorio y su terminación por conciliación. El abogado Otálora solo actuó al final del proceso sucesorio.
- Formulo como excepciones de fondo; falta de legitimación en la causa por activa, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, inexistencia o inexigibilidad de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que dispuso declarar la existencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales de abogado entre el actor en calidad de contratista y los demandados

en calidad de contratantes, con el fin de adelantar el proceso reivindicatorio No. 2011-1191 y la defensa de los procesos de pertenencia No. 200-180, 2008-173, 2008-162 y 2008-174, de igual manera que ejerció actuaciones para los contratantes en el proceso de sucesión 1997-2579. Declaro probada la excepción de prescripción respecto de la totalidad de las pretensiones.

Llego a esa determinación, al establecer que el actor prestó sus servicios como abogado a favor de los demandados LUIS ALFREDO CALDERÓN MANCERA, MIGUEL ANTONIO CALDERÓN MANCERA, VÍCTOR HUGO CALDERÓN MANCERA, BLANCA CECILIA CALDERÓN MANCERA, BERENICE CALDERÓN MANCERA y ERNESTO CALDERÓN MANCERA, en principio en parte del proceso de sucesión 1997-2579, luego en los procesos de pertenencia No. 200-180, 2008-173, 2008-162 y 2008-174 y proceso reivindicatorio No. 2011-1191. Determinó que estos procesos finalizaron en el año 2013 cuando le fueron entregados los bienes que adjudicados en el proceso de sucesión y como quiera que el demandante reclamo pasados más de tres años el pago de sus honorarios, se encuentre prescrita la obligación.

Recurso de apelación

La parte demandante inconforme con la decisión proferida, señala que no se valoró en debida forma el acervo probatorio, no les asiste razón a los demandados por cuantos ellos pretenden evadir el pago de los honorarios. Se probó que los demandados suscribieron el contrato de prestación de servicios profesionales para el reconocimiento de su paternidad y herencia. En el año 2006 el abogado Jiménez Santamaría en razón a su estado de salud le sustituyo el poder en idénticas condiciones al inicialmente conferido, para que llevara hasta el fin la labor encomendada. La labor se desarrolló hasta su final sin objeción por parte de los contratantes. Los honorarios se pactaron en el 35% del valor comercial de la herencia recibida pagaderos a la terminación del proceso. A través de varios procesos se logró la disposición de los bienes que les fueron adjudicados. Resulta contrario a la realidad que los procesos de pertenencia y reivindicatorio nada tenían que ver con el contrato de prestación de servicios, pues estaban intrínsecamente relacionados por tratarse de la obtención de la herencia, lo que se culminó con el levantamiento de las medidas cautelares por auto de 2 de junio de 2016 en atención a la solicitud presentada por el demandante. Los diferentes procesos que se

adelantaron por más de 25 años fueron exitosos. Los demandados aceptaron no haber pagado lo pactado en la cláusula segunda del contrato. En el año 2017 se propuso ante un comisionista la venta de uno de los inmuebles y se pactó el pago de parte de los honorarios profesionales con el producto de la venta, lo que interrumpe la prescripción. La contestación de la demanda pretende confundir al despacho y dilatar el pago de los honorarios de 25 años de trabajo. Se debe tener en cuenta que se probó una gestión exitosa de todos los procesos a su cargo, esto es, filiación, petición de herencia, cuatro procesos de pertenencia y proceso reivindicatorio. Señala que aporta sustitución de poder del año 2006, registro civil de defunción del abogado Jiménez Santamaría, poder otorgado por los sucesores del abogado Jiménez Santamaría a favor del actor, los cuales no son de recibo por parte del Despacho.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que han quedado probadas en el desarrollo del proceso las gestiones que de forma profesional adelantó en el contrato de prestación de servicios profesionales, a través del cual prestó defensa a los intereses de los demandados en el proceso de sucesión. Indica que por el resultado de su buen trabajo permitió que la familia Calderón Mancera obtuviera el derecho pretendido que al día de hoy ostentan, a través de diversos procesos que estaban intrínsecamente relacionados e incluidos para la obtención de la herencia que no se dio hasta el levantamiento de las medidas cautelares que pesaban sobre los bienes adjudicados con ocasión del proceso de sucesorio No 1997-2579 de Miguel Calderón Balsero, solicitud presentada el 27 de mayo de 2016. En razón a la fecha mencionada y última actuación radicada, no se entiende y a todas las luces resulta contrario a derecho la prescripción extintiva declarada por el juez, toda vez que se radicó demanda ordinaria laboral el 5 de octubre de 2017, la cual fue admitida el 24 de abril de 2018, no concurriendo los tres años que aduce la pasiva en su defensa.

Parte demandada: indica que desde la terminación del proceso de filiación natural (1997) y la terminación del proceso sucesorio con su correspondiente adjudicación (2007), así como el de los procesos de Pertenencia y reivindicatorio (el 5 de noviembre de 2013), el Doctor Ángel Iván Otálora Beltrán, dejo transcurrir el tiempo, sin que hubiese adelantado durante más de nueve años y cuatro años

respectivamente, alguna acción de cobro de sus honorarios, hasta que el 20 de abril del año 2017, mediante escrito, remitido por correo, solicito a los demandados el pago de sus honorarios por los procesos de filiación natural y de sucesión, Sin que incluyera en dicho escrito, los honorarios que aduce se le deben por los procesos de pertenencia y reivindicatorio, señalando en su comunicación, que ya habían transcurrido más de tres años desde la terminación del proceso de sucesión y desde la entrega y registro de los bienes adjudicados sin que se le hubiesen cancelado sus honorarios pactados en el contrato de prestación de Servicios, esto es, que es el mismo demandante quien reconoce un lapso superior a tres años sin cobrar sus honorarios, omisión que dio lugar a que operara el fenómeno de la prescripción en su contra.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S*.,* asi: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer el alcance del contrato de prestación de servicios profesionales y si en efecto se encuentran prescritos los honorarios adeudados al actor.

Existencia del contrato de prestación de servicios

No es objeto de controversia que el contrato de prestación de servicios se suscribió con el abogado Luis Enrique Jiménez Santamaría, para llevar a cabo los procesos de filiación y petición de herencia a favor de los señores LUIS ALFREDO CALDERÓN MANCERA, MIGUEL ANTONIO CALDERÓN MANCERA, VÍCTOR HUGO CALDERÓN MANCERA, BLANCA CECILIA CALDERÓN MANCERA, BERENICE CALDERÓN MANCERA, ERNESTO CALDERÓN MANCERA, de igual manera que el abogado Otálora Beltrán ejerció actuaciones para los contratantes en el proceso de sucesión 1997-2579. Así mismo se demostró la existencia de un contrato civil de prestación de servicios profesionales de abogado entre Ángel Iban Otálora Beltrán en calidad de contratista y los demandados en calidad de contratantes, con el fin de adelantar el proceso reivindicatorio No. 2011-1191 y la defensa de los procesos de pertenencia

No. 2008-180, 2008-173, 2008-162 y 2008-174. No obstante, habrá de establecerse si conforme el material probatorio el alcance del contrato suscrito con el abogado Jiménez Santamaría, comprende los procesos de pertenencia y reivindicatorio. Es claro entonces, que el contrato tenía como objeto los procesos de filiación y petición de herencia, los cuales son competencia de la especialidad de familia en esta jurisdicción ordinaria, y que terminaron con el reconocimiento de la paternidad por parte del señor Miguel Calderón Balsero a los demandados y la adjudicación de los bienes correspondientes dentro de la sucesión.

Por lo anterior, no es de recibo para esta Sala los argumentos del apelante que indican que los procesos de pertenencia y reivindicatorio fueron parte del citado contrato de prestación de servicios suscrito en el año 1989, pues a pesar que estos versaron sobre los mismos inmuebles "EL ROSQUETE", "SAN RAMON LA CONCORDIA", "EL PORVENIR" y "LA CORTINA", los que habían sido adjudicados a los hermanos Calderón Mancera en el proceso sucesorio, lo cierto es, que tuvieron origen en hechos posteriores a la adjudicación, tanto es que la defensa procuraba recuperar la posesión de los bienes sobre los cuales obtuvieron el dominio dentro del proceso de sucesión.

Remuneración y prescripción

Es preciso señalar frente al monto y la causación de los honorarios que pretende la parte actora, que los contratos de prestación de servicios como el aquí alegado, están regulados por las normas propias del contrato de mandato, esto es los artículos 2142 y siguientes del Código Civil, cuyo artículo 2143 dispone que puede ser gratuito o remunerado y que la remuneración es determinada por la convención, por la ley o por el juez[1] e igualmente el artículo 2184 numeral 3º ibídem define que el mandante está obligado entre otras cosas a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o la usual[2].

[1] **ARTICULO 2143. MANDATO GRATUITO O REMUNERADO**. El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez.

[2] **ARTICULO 2184. OBLIGACIONES GENERALES.**
El mandante es obligado:
(…)
3). A pagarle la remuneración estipulada o usual.

Se tiene que el contrato de prestación de servicios aportado al plenario a folios 1 y 2, fue suscrito con el abogado Jiménez Santamaría y por los procesos de filiación y petición de herencia a favor de los hermanos Calderón Mancera, labor que fue desarrollada por el contratista de manera directa hasta el año 2006 cuando debió sustituir el poder debido a su estado de salud. Sustitución que no pone fin al mandato ni trae como consecuencia que el abogado se desprenda de sus obligaciones y derechos. En este asunto el abogado sustituto no tuvo injerencia alguna en el negocio causal que se llevó a cabo en el año 1989, y del cual solo recibió la sustitución de poder en el año 2006 por parte del abogado Jiménez Santamaría. Además, no se advierte en el plenario las condiciones en que fuera sustituido el poder y el pacto respecto de los honorarios, como tampoco que hubiese existido una novación en la cual funja como titular el aquí demandante. Por lo anterior, no es procedente la exigibilidad de la totalidad de las acreencias derivadas del contrato aportado a favor del actor, pues si bien en su apelación indica contar con la documental que así lo acredita, lo cierto es que esta no fue oportunamente allegada al plenario.

En concordancia con lo anterior, el apoderado sustituto tiene derecho al pago de los honorarios por la labor por el desarrollada y que se encuentra plenamente aceptada por la pasiva y acreditada en el plenario, esto es entre los años 2006 cuando recibió la sustitución, y hasta el 2 de octubre de 2008 cuando se profirió la providencia que aprobó la división de los bienes de la sucesión del señor Miguel Calderón Balsero, y con ello se tuvo por finiquitada dicha actuación. En el mismo sentido, tiene derecho a los honorarios causados por la labor desplegada dentro de los procesos de pertenencia con radicados 2008-00180, 2008-00173, 2008-00162 y 2008-00174 y el proceso reivindicatorio No. 2011-1191, al no existir duda frente al adelantamiento por parte del actor, los que cabe señalar tuvieron resultados favorables a los hermanos Calderón Mancera, hoy demandados. Se precisa que los procesos de pertenencia finalizaron el 13 de octubre de 2010, 13 de noviembre de 2010 y 20 enero de 2011, y el proceso reivindicatorio finiquito el 5 de agosto de 2013 por transacción, además culminó con la entrega de los inmuebles el 5 de noviembre de 2013 a los aquí demandados.

Puestas así las cosas, se hace necesario revisar la prescripción propuesta en el escrito de contestación de demanda. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto

por los artículos 488 del CST, y el 151 del CPT y SS, en el caso que nos ocupa tenemos que los procesos en los cuales el actor ejerció la representación de los demandados finalizaron el 2 de octubre de 2008 (sucesión), 13 de octubre de 2010 (pertenencia 2008-00180), 13 de noviembre de 2010 (pertenencia 2008-00180), 20 enero de 2011 (pertenencia 2008-00180) y el 5 de noviembre de 2013 (reivindicatorio 2011-01191); en la reclamación allegada al plenario a folio 275 el actor peticiona el pago de sus honorarios, la que a pesar de no tener fecha señala que han transcurrido más de tres años desde la terminación del proceso[3]; finalmente que la demanda se presentó el 5 de octubre de 2017. Por lo anterior, es claro que transcurrió el término trienal entre la causación de la obligación, la reclamación y la presentación de la demanda, razón por la cual los honorarios a que tiene derecho el actor se encuentran cubiertos por el fenómeno de la prescripción.

Se resalta, que no se puede tener como fecha de finalización de los procesos judiciales la actuación de fecha 27 de mayo de 2016, al tratarse la petición de levantamiento de medidas cautelares ante el Juzgado de Familia de Funza de un impulso procesal, y la obligación de los honorarios profesionales se causan con la ejecutoria de la decisión de instancia. Tampoco se puede tener por interrumpido el término de la prescripción con la negociación que intentaron los hermanos Calderón Mancera con el señor Hernán García para la venta de uno de los inmuebles, pues a pesar que Berenice Calderón Mancera al rendir interrogatorio señala que con parte del producto de ese negocio se iban a cubrir los honorarios del abogado, lo cierto es que el Dr. Otalora Beltran no demostró en el plenario haber elevado una reclamación en torno al pago de sus honorarios.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

---

[3] "*Me permito reiterar solicitud de pago de Honorarios Profesionales, de conformidad con lo establecido en el contrato suscrito con ustedes, en calidad de herederos del señor MIGUEL CALDERÓN BALSERO, contrato que me fue sustituido por el Doctor Luis Enrique Jiménez Santamaría a causa d los quebrantos de salud que padece, y que asumí hasta la terminación del proceso según acta de entrega de los bienes a ustedes.*
Vale la pena resaltar que ya ***han transcurrido más de 3 años desde que el citado proceso se encuentra terminado****, y los bienes que les adjudicaron a ustedes dentro del mismo proceso de sucesión, les fueron entregados real y Materialmente por el suscrito, y fueron debidamente registrados a su nombre. …*"

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de agosto de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- COSTAS Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ WILLIAM MOSQUERA MUÑÓZ CONTRA SEGURIDAD ONCOR LTDA. Y EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS- ECOPETROL S.A. Rad. 2017 – 00740 01. Juz. 38.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOSÉ WILLIAM MOSQUERA MUÑÓZ demandó a SEGURIDAD ONCOR LTDA. y la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS- ECOPETROL S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 2 a 3.

- Declaración de existencia de contrato de trabajo por obra o labor determinada.
- Declaración de terminación unilateral del contrato de trabajo por culpa atribuible al empleador.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Pago de sanción moratoria.
- Pago de intereses moratorios.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 1 a 2. Ingresó a laborar el 1 de noviembre de 2014 por medio de un contrato individual de trabajo por obra o labor determinada. Fue contratado para prestar los servicios de escolta dentro del contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada N° 5217271 celebrado

entre SEGURIDAD ONCOR LTDA. Y ECOPETROL S.A., fungiendo como contratista y beneficiario respectivamente. El referido contrato suscrito inicio el 10 de septiembre de 2014 con un plazo de ejecución de 1095 días. La remuneración diaria pactada fue de $65.809, lo que equivale a $1.974.270. En la cláusula tercera se establecía que el tiempo de duración del contrato, sería el tiempo que durara el contrato de prestación de servicios suscritos entre ECOPETROL S.A. y SEGURIDAD ONCOR LTDA. En la cláusula cuarta del contrato laboral, se pactó un periodo de prueba de 1 mes a partir de la fecha de ingreso. Dentro del contrato quedo establecido que una vez vencido el periodo de prueba, el trabajador quedaría vinculado a la empresa a través de un contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada. El 1 de diciembre de 2014, el actor se presentó a las instalaciones de la demandada, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y en horas de la tarde le fue informado de manera verbal que la empresa había decidido terminar su contrato de trabajo. El mismo día fue enviada una comunicación escrita con referencia "TERMINACION DE CONTRATO POR PERIODO DE PRUEBA" al domicilio del demandante que recibió la señora María Muñoz. En dicha comunicación la empresa accionada le manifestaba al actor la finalización de su contrato y que no mediaría indemnización alguna. La demandada procedió a pagar la liquidación, la cual ascendió a la suma de $796.230.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado correspondiente, la demandada, la accionada en solidaridad y la llamada en garantía por Ecopetrol S.A., Seguros del Estado S.A. contestaron en los siguientes términos:

SEGURIDAD ONCOR LTDA., contestó en los términos del escrito visibles a folios 164 a 171,

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; inicio del contrato de trabajo, el cargo desempeñado, la remuneración pactada, el periodo de prueba, duración del contrato, la comunicación enviada de terminación del contrato de trabajo al domicilio del actor, la liquidación pagada y que no le fue pagado ninguna suma por concepto de liquidación.

- Formulo como excepciones de mérito; cobro de lo no debido, mala fe, compensación, prescripción y pago.

ECOPETROL S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 198 a 213.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el contrato suscrito entre Ecopetrol S.A. y Seguridad Oncor S.A.
- Formulo como excepción previa; falta de competencia por ausencia de reclamación administrativa
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, compensación, prescripción y buena fe.

SEGUROS DEL ESTADO S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 84 a 93 del cuaderno de llamamiento en garantía.

- Se atiene a lo que en derecho corresponde.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia de vínculo contractual entre Ecopetrol S.A. y el demandante y genérica.
- Formuló como excepciones de fondo al llamamiento en garantía; falta de prueba de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la perdida, límites de asegurados, inexistencia de cobertura para las obligaciones legales, se aplique el agotamiento de la cobertura de acuerdo a los siniestros que hayan venido afectando la póliza, prescripción, compensación de obligaciones y genérica.

En audiencia llevada a cabo el día 6 de noviembre de 2019 se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda en contra de ECOPETROL S.A. y su llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., en consecuencia se continuó el litigio únicamente en contra de SEGURIDAD ONCOR LTDA.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la cual dispuso;

> ***PRIMERO- CONDENAR*** *a la demandada* ***SEGURIDAD ONCOR LTDA.*** *a pagarle al demandante José William Mosquera Muñoz la suma de $75.022.260 por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato desprovista de justificación. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
> *La condena aquí infligida deberá indexarse tomando para el efecto el IPC certificado por el DANE de acuerdo con la fórmula:*
>
> *ÍNDICE FINAL*
> *_____ x VALOR HISTÓRICO = VALOR INDEXADO*
> *ÍNDICE INICIAL (Valor de la indemnización)*
>
> *Tomándose como índice inicial el del mes de febrero del 2018 y como índice final, la de la fecha en que se verifique el pago por parte de la accionada.*
>
> ***SEGUNDO- ABSOLVER*** *a la demandada de* ***SEGURIDAD ONCOR LTDA,*** *de las demás pretensiones formuladas en la demanda, por el señor JOSÉ WILLIAM MOSQUERA MUÑOZ. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> ***TERCERO****-* ***EXCEPCIONES.*** *Dadas las resultas del juicio el despacho declara no probadas las propuestas respecto de la condena infringidas y se considera relevado del estudio de las planteadas frente a las absoluciones reproducidas.*
>
> ***CUARTO****-* ***COSTAS*** *lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de $1.500.000 en favor del demandante.*

Llego a esa determinación, al establecer que de las pruebas arrimadas al plenario el contrato finalizó el 1 de diciembre de 2014, data para la cual había terminado el periodo de prueba pactado en el contrato. La duración del contrato de trabajo del accionante no estaba condicionado a la existencia del esquema de seguridad al cual había sido asignado, sino a la existencia de un contrato con un beneficiario de labores en este caso, la empresa Ecopetrol; contrato que finalizó el 31 de enero de 2018. Bajo este escenario no hay un nexo de causalidad entre la eventual inaptitud del trabajador para desarrollar sus actividades con la toma de decisión de finiquitar el periodo de prueba en la forma en que se verificó, por lo que se llega a la conclusión que existió una terminación unilateral del contrato desprovista de una justificación atendible y por ello impuso condena por indemnización por despido sin justa causa por el lapso entre el 1 de diciembre de 2014 y el 31 de enero de 2018. Ordenó la indexación de la anterior suma desde febrero de 2018 y hasta que se verifique su pago. Absolvió de la indemnización moratoria como quiera que esta procede solo en caso de falta de pago de salarios y prestación, mas no indemnizaciones.

Recurso de apelación

Parte demandante: concuerda con el extremo final determinado por el Juez. Se encuentra inconforme con la condena por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo. Considera que la condena ha debido tener en cuenta la suma de $1.974.270 más el **salario variable** que asciende a $1.832.406 y que fue reconocido en la liquidación final. Con respecto a la **indexación** refiere que debe contemplar de manera integral las fechas en que efectivamente finalizó el contrato laboral del señor José William Mosquera. En la liquidación se observa que el periodo liquidado corresponde del 1 al 30 de noviembre del 2014, por ende los salarios y prestaciones concernientes al 1 de diciembre de 2014 no fueron cancelados, lo que conlleva a la prosperidad de la **indemnización moratoria**.

Seguridad Oncor Ltda.: Manifiesta que existe mala fe del trabajador y carece de verdad sus afirmaciones en cuanto a que no conoció, ni recibió ningún tipo de información para la finalización de su contrato laboral, en consideración a que el recibió el escrito físico en su domicilio de lo cual existe constancia y ya había procedido a entregar los equipos de trabajo que le había proporcionado la empresa.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que está plenamente demostrado a partir de los elementos de convicción allegados al plenario y del contenido de las declaraciones recibidas, que el señor William Mosquera prestó sus servicios hasta el 1° de diciembre de 2014, contrario a lo que pretende la pasiva mediante la presentación de pruebas inconducentes, entre ellas unas notificaciones que no produjeron el efecto de dar por notificado al demandante de la terminación del contrato de trabajo dentro del periodo de prueba, y un testigo que no cuenta con una condición de imparcialidad. En lo que tiene que ver con la indexación, solicita que se ajuste de ser ratificada, ya que el juzgador tomo como fecha para realizar el cálculo, aquella en que el contrato entre Seguridad Oncor y Ecopetrol feneció, la cual solo tiene efectos para calcular la indemnización, sin embargo, la fecha efectiva es el 1° de diciembre de 2014 y es dicha data la que se debe utilizar para traer a valor presente la indemnización que en derecho le corresponde.

Parte demandada: solicita se revoque la decisión. En primera instancia se consideró de manera errada que por no tener contestación y oposición al correo electrónico de notificación de terminación de contrato por periodo de prueba, este resulta ser ineficaz, siendo pertinente resaltar que la compañía efectuó el envío de la notificación al correo electrónico suministrado por el demandante al momento de su contratación y que bajo el principio de la buena fe, toda información suministrada al momento de su vinculación era fidedigna. También señala que la compañía conforme al procedimiento de desvinculación, previa la notificación de la finalización del contrato por periodo de prueba, generó la correspondiente liquidación de contrato, de acuerdo a lo pactado por las partes en el contrato de trabajo, se incluyó la prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses sobre las cesantías, que de conformidad al periodo laborado tenía derecho, por tanto, no existen valores adicionales pendientes por pagar cuando por acuerdo entre las partes el auxilio por alimentación como el auxilio de transporte que era reconocido por Ecopetrol para desplazarse a su casa no tenían incidencia salarial, tal cual es acreditado con la documental aportada.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer el extremo final de la relación laboral, si el contrato finalizo dentro del periodo de prueba o caso contrario fue un despido sin justa, caso en el cual se determinara el monto de la indemnización correspondiente y su indexación.

Existencia del Contrato de Trabajo y extremos

No se encuentra en controversia la existencia del contrato de trabajo por la duración de la una obra o labor determinada, que el cargo desempeñado era el de escolta; esta vinculación dependía del contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada No. 5217271 suscrito entre Seguridad Oncor y Ecopetrol S.A., el

cual tuvo como inicio de labores el 1 de noviembre de 2014. El salario diario pactado ascendía a $65.809.

En relación con el extremo final, se tiene que el demandante señala que su contrato se extendió hasta el 1 de diciembre de 2014, y por su parte la demandada aduce que lo fue solo hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad al finalizar el periodo de prueba conforme la comunicación que le fue entregada.

Al plenario se allegó el contrato de trabajo por obra o labor con fecha de inicio el 1 de noviembre de 2014, con un salario de $65.809 diario. Constancia de entregado del correo certificado de Servicios Postales Nacional S.A. el cual tiene como fecha de entrega el 1 de diciembre de 2014. Contrato No. 5217271 suscrito entre Oncor Ltda. y Ecopetrol S.A. para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad, con una duración de tres (3) años. Se allego acta de inicio del contrato No. 5217271, del cual se desprende como extremos el 1 de noviembre de 2014 y el 31 de octubre de 2017. Carta de terminación de contrato por periodo de prueba de fecha 27 de noviembre de 2014, sin recibido por parte del demandante, además no cuenta con la fecha en que finaliza el contrato. Se allegó acta de entrega de arma de fuego (fl. 131), acta de entrega instructivo de arma de fuego (fl. 132), acta de entrega chaleco antibalas (fl. 133), acta de entrega equipos de comunicación (fl. 134) con fecha 1 de diciembre de 2014. Desprendible de nómina noviembre de 2014 (fl. 135) y comprobante de pago de liquidación de prestaciones (fl. 136).

En lo atinente a las declaraciones, la señora **SANDRA PATRICIA** en su calidad de representante legal de la demandada, al rendir interrogatorio de parte dijo que el demandante fue despedido al finalizar el periodo de prueba por no haberlo superado conforme las evaluaciones realizadas, sin señalar de manera precisa las razones fundamento de esta decisión. Se comunicó la terminación mediante correo electrónico el 28 de noviembre de 2014 y posteriormente mediante correo certificado. Dijo que el contrato con Ecopetrol finalizo el 31 de enero de 2018.

El señor **JOSÉ WILLIAM MOSQUERA MUÑOZ**, en su calidad de demandante al rendir interrogatorio de parte dijo que trabajó para Oncor Ltda., en el contrato se pactó un periodo de prueba de un (1) mes, el 1 de diciembre al medio día fue notificado verbalmente de la finalización del contrato. Al finalizar le fueron pagadas

las prestaciones sociales. Niega haber recibido correo electrónico en relación con la finalización del contrato.

Se escuchó al testigo **JOHN MOISÉS MUNERA PINZÓN**, empleado de la demandada. Dijo que el demandante se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a partir del 1 de noviembre de 2014, y trabajo hasta el 30 de noviembre del mismo año. El contrato finalizo al terminar el periodo de prueba en virtud de la evaluación de desempeño. Se comunicó la terminación a través del correo electrónico sin que se obtuviera respuesta. No conoce de la trazabilidad del correo. El actor no entregó los elementos de dotación al finalizar el contrato sino días después, hasta 1 de diciembre de 2014. El valor de auxilio de alimentación y auxilio de transporte son reconocidos por Ecopetrol y no tienen incidencia salarial. Conoce de la terminación del contrato por ser el encargado del esquema de seguridad en la demandada, dijo de no ser testigo presencial. No pudo tener contacto con el demandante al finalizar el contrato.

Valoración conjunta de las pruebas.

Conforme con las pruebas relacionadas, se tiene que el extremo final de la relación laboral fue el 1 de diciembre de 2014 tal como lo concluyó el A quo. Pues no se allegó prueba al plenario que permita establecer que al demandante le fue entregada la comunicación de la terminación del contrato en data anterior o que se le hubiera informado la finalización de su contrato en días antes. En relación con el correo electrónico que aduce el empleador haber enviado (fls. 177 y 178) se tiene que no es posible establecer que el destinatario hubiera sido el demandante, además no se aportó la certificación de enviado o acuse de recibido. Contrario a ello, las actas de entrega (fls. 131 a 134) tienen fecha de 1 de diciembre de 2014; de estas se desprende que hasta esta fecha el actor prestó sus servicios y en la misma fecha se dio por finalizado el contrato de trabajo. Se corrobora esta data con la certificación de Servicios Postales Nacional S.A., que da cuenta que el 1 de diciembre de 2014 fue recibida por María Muñoz el aviso que hace referencia a la terminación.

Terminación del contrato de trabajo

Como se afirmó arriba, por aceptado se tiene que el contrato de trabajo fue terminado en forma unilateral por parte del empleador, mediante comunicación de fecha 27 de noviembre de 2014 (fl. 127) la que hace referencia a la finalización del periodo de

prueba pactado en el contrato de trabajo. Terminación que se hizo efectiva a partir del 1 de diciembre de 2014. Así pues, al terminar la demandada el contrato de trabajo invocando justa causa, a ella corresponde la carga de probar la justeza de los hechos alegados para fenecer el vínculo laboral, so pena de correr con las consecuencias jurídicas propias del despido sin justa causa. Ahora bien, el periodo de prueba pactado en el contrato de trabajo fue de un (1) mes tal como se desprende de la demanda, las declaraciones y de la carta de terminación de contrato (fl. 127), término que transcurrió entre el 1 y el 30 de noviembre de 2014. De ahí que al haberse finalizado el contrato superado este periodo de prueba (1 de diciembre de 2014), no es posible acudir a lo previsto en el artículo 80 del C.S.T.[1] para dar por terminado unilateralmente el vínculo contractual.

Por lo anterior, no es de recibo como causal de terminación el periodo de prueba que prevé el artículo 76[2] de C.S.T., pues como ya se dijo este se había superado. De modo que el empleador debió invocar una justa causa para despedir al trabajador o pagar la indemnización correspondiente, sin embargo, no se aportó constancia de la evaluación de desempeño que dice la pasiva haber realizado y que adujo fue el sustento de la decisión de terminación del contrato. Por tanto al no haberse demostrado una justa causa resulta acorde y proporcional la condena por indemnización por despido sin justa causa impuesta a su cargo.

La parte demandante solicita se tenga en cuenta a efectos de calcular la indemnización por despido sin justa causa a favor del actor, el salario variable sobre el cual fueron liquidadas sus prestaciones (fl. 136); sin embargo, no es posible para esta Sala establecer que conceptos fueron tenidos en cuenta al momento de realizar la liquidación, como quiera que se trata de un comprobante de pago que únicamente relaciona el valor reconocido por cada concepto. Adicional a ello, del desprendible de pago de folio 135 se desprende que lo percibido por el actor para el mes de noviembre ascendió a la suma de $3.408.722, que corresponde a salario, "BONO TRANSPORTE ECOPETROL", "AUXILIO DE ALIMENTACIÓN" y horas extras. Se debe señalar que estos conceptos no se pueden tener como factor salarial, como quiera que no se allegó medio probatorio alguno que permita establecer que eran

[1] **ARTICULO 80. EFECTO JURÍDICO.**
1. El período de prueba puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso.
2. Los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones.
[2] **ARTICULO 76. DEFINICIÓN**. Período de prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del {empleador}, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo.

permanentes y habituales; además, según lo afirmado por el testigo JOHN MOISÉS MUNERA PINZÓN no tenían incidencia salarial.

En lo atinente a la indexación, la suma reconocida por indemnización por despido deberá ser indexada aplicando la fórmula establecida por la SL CSJ en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la sentencia 32020 del 6 de diciembre de 2007[3], entre la fecha de finalización del contrato y la fecha en que se realice efectivamente su pago en los términos establecidos por el A quo y en este sentido se debe confirmar la sentencia apelada.

Finalmente, se debe confirmar la absolución de las pretensiones por indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.[4], como quiera que, tal como lo expuso el A quo esta no procede sobre la indemnización por despido sin justa causa. Sin que sea posible estudiar lo planteado por el recurrente, al tratarse el impago del salario del día 1 de diciembre de 2014 de un hecho nuevo, así como las posibles acreencias que tendría a su favor el actor.

De conformidad con lo expuesto, se **CONFIRMARA** la sentencia impugnada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin condena en costas en esta instancia.

---

[3] VALOR INDEXADO = VALOR HISTORICO x (IPC FINAL)/(IPC INICIAL)

[4] **ARTÍCULO 65. INDEMNIZACIÓN POR FALTA DE PAGO**
1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los **salarios y prestaciones debidos**, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.
1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.
Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.
2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.
PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.
PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

DECISIÓN

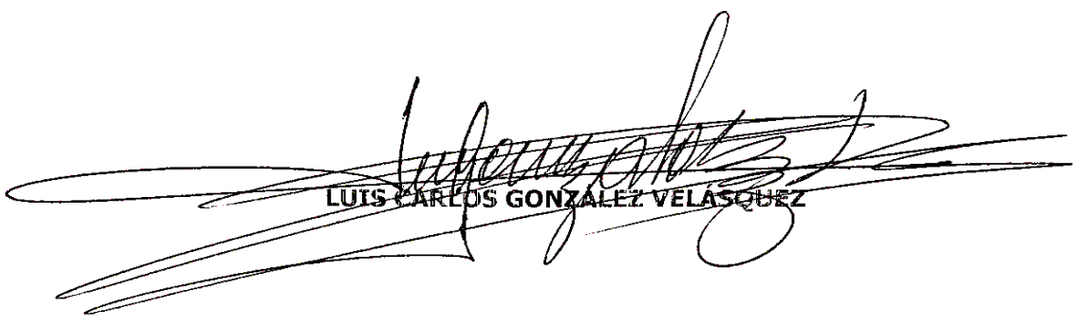
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

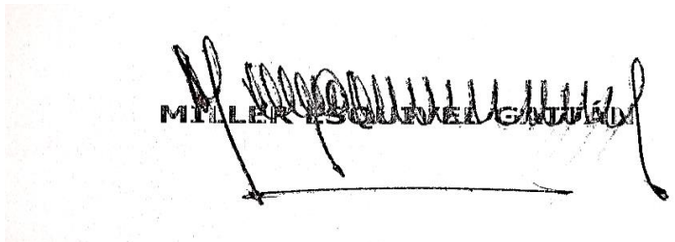
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO: COSTAS: Las de primera se confirman. Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



REPUBLICA DE COLOMBIA

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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YESID MOJICA OCAMPO CONTRA LA SOCIEDAD BIENESTAR I.P.S. S.A.S. Y NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. RAD. 2017 00789 01 JUZ 12.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

YESID MOJICA OCAMPO demandó a BIENESTAR I.P.S. S.A.S. Y NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD- NUEVA E.P.S. S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 5.

- Existencia de contrato de trabajo desde el 1° de enero de 2017 al 1° de enero de 2018.
- Declaración de resolución del contrato de prestación de servicios.
- Prima de servicios.
- Vacaciones.
- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Pago de aportes a seguridad social.
- Pago de sumas ilegalmente descontadas.
- Indemnización por falta de pago.
- Costas del proceso.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. El actor se vinculó a BIENESTAR I.P.S. el 1 de enero de 2017 en el cargo de medico intrainstitucional para la atención en salud de usuarios de la NUEVA E.P.S. S.A. el valor de la hora por valoración médica tenía un valor de $25.000, durante seis meses. En la I.P.S. asignada como lugar de trabajo, Candelaria en Ciudad Bolívar, Bogotá. Cada sede de la IPS tiene un coordinador que autoriza y liquida las facturas por la actividad realizada y otorga los permisos a los trabajadores a su cargo, realizando una representación del empleador. El trabajo fue desempeñado por el demandante de forma personal y bajo las estrictas órdenes y directrices del coordinador asignado. El control del horario se hacía por medio de un sensor biométrico para el ingreso y salid de la IPS. En desarrollo de las actividades medicas contratadas, el coordinador médico de turno controlaba el accionar del médico, mediante instrucciones directas por mensajes de datos o reuniones programadas. El actuar del coordinador está en contravía de la cláusula 7° del ítem 6° del contrato que establece que el profesional conservara su autonomía e iniciativa en las gestiones profesionales. La cancelación de las cuentas de cobro por horas contratadas, se pagaban al demandante mediante consignación a Bancolombia previa presentación de facturas. Desde el inicio del contrato, se dejaron de cancelar valoraciones de pacientes, horas suplementarias y salarios. Al iniciar el proceso de cobro de los honorarios, repercutió en un despido indirecto por parte de la empresa demandada. La entidad dejo de pagar al actor los salarios de forma cumplida. Durante todo el tiempo laborado con BIENESTAR IPS S.A.S. y su empresa beneficiaria del servicio NUEVA E.P.S. S.A. no se cancelaron las prestaciones sociales al señor Mojica Ocampo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas contestaron en los siguientes términos:

BIENESTAR IPS S.A.S. dio respuesta de manera extemporánea a la demanda, razón por la cual se le tuvo por no contestada y como un indicio grave en su contra.

NUEVA E.P.S. S.A. contestó en los términos del escrito visibles a fls. 201 a 205.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó que la sede de la IPS Candelaria en Ciudad Bolívar tiene un coordinador médico.

- Propuso como excepciones de fondo; cobro de lo no debido e inexistencia de solidaridad por parte de la Nueva EPS.
- Llamó en garantía a Liberty Seguros S.A. y a Bienestar IPS S.A.S.

La llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.** contestó en los términos del escrito visibles a fls. 263 a 285.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Propuso como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de NUEVA EPS S.A., inexistencia de relación laboral entre el demandante YESID MOJICA OCAMPO y LA SOCIEDAD BIENESTAR IPS S.A.S.- inexistencia de obligación de pago de prestaciones sociales e indemnizaciones, ausencia de solidaridad- inexistencia de los elementos para que opere la solidaridad establecida en el artículo 34 del C.S.T. entre NUEVA EPS S.A. y BIENESTAR IPS S.A.S.- inexistencia de obligación en cabeza de NUEVA EPS S.A.

La llamada en garantía Bienestar **IPS S.A.S.** no dio contestación en el término previsto para tal fin.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso;

> ***"PRIMERO- DECLARAR*** *la existencia de relación de trabajo entre las partes YESID MOJICA OCAMPO y BIENESTAR IPS S.A.S. Entre el 1 de enero y el 31 de agosto del año 2017.*
>
> ***SEGUNDO- CONDENAR*** *a BIENESTAR IPS y solidariamente a NUEVA PROMOTORA DE SALUD S.A.- NUEVA EPS S.A., a pagar a favor del demandante YESID MOJICA OCAMPO, los siguientes conceptos;*
>
> 1. *$3.168.688.42 por concepto de cesantías.*
> 2. *$253.495.07 por concepto de intereses sobre las cesantías.*
> 3. *$3.168.688.42 por conceptos de prima de servicios.*
> 4. *$1.584.344.21 por concepto de vacaciones.*
>
> ***TERCERO- DECLARAR*** *la constitución del siniestro amparado por la póliza en este caso, BO 2504040 para la responsabilidad de LIBERTY SEGUROS a su cargo con base en la citada póliza de seguros.*
>
> ***CUARTO- ABSOLVER*** *a las demandadas de las demás suplicas de la demanda, conforme la parte motiva de la presente sentencia.*

> ***QUINTO- CONDENAR*** *a NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.- NUEVA E.P.S. S.A., BIENESTAR I.P.S. S.A.S. y LIBERTY SEGUROS, al pago de costas y agencias en derecho señalándose como tales la suma de $900.000 a cargo de cada una de ellas, a favor de la parte actora"*

Llegó a esa determinación, en razón en virtud del acervo probatorio allegado al proceso encontró acreditados los elementos constitutivos de la relación laboral entre el actor y la IPS demandada, como lo son; emolumentos, ordenes o instrucciones de trabajo, suministro de información por parte del coordinador médico, elaboración de reportes, asistencias a reuniones o auditorias, autorización de gastos, instrucciones de tiempo, modo y lugar, suministro de formulario en labores del trabajador, asignación de turnos de disponibilidad, instrucciones por cumplimiento a programación, sanciones por desacato e instrucciones dadas por un jefe, elementos asignados para la prestación del servicio y remuneraciones mensuales. Por lo anterior accedió y liquido las acreencias laborales pretendidas, y declaro probado el siniestro a cargo de LIBERTY SEGUROS en virtud del llamamiento en garantía.

Recurso de Apelación

BIENESTAR IPS alega que no hubo una relación de tipo laboral, sino que esta fue de carácter civil por prestación de servicios. Manifiesta que no se puede desnaturalizar el contrato laboral, basando la decisión en simples supuestos del actor, toda vez que no acreditó los elementos esenciales contemplados por el Código Sustantivo de Trabajo. Los pagos de las cuentas de cobro anexados en el expediente revelan que la remuneración no tenía un valor fijo, la cantidad de lo que se cancelaba mes a mes era variable y según la cantidad de tiempo que laborara, lo que permite evidenciar que era tan solo un prestador de servicios. Además lo pactado entre la IPS y el demandante se limitó a un contrato de prestación de servicios, el cual no está sujeto al cumplimiento de un horario o subordinación permanente, y la existencia de un coordinador médico, no se asemeja a un superior que daba órdenes, pues la naturaleza de la entidad necesitaba personas que supervisaran diversos procesos y el área logística para prestar un excelente servicio, pero nada tiene que ver este hecho con que desempeñara un rol de jefe o superior frente al actor. El contrato se sujetaba a un límite de tiempo y fue suspendido por decisión propia y unilateral del demandante. Por lo anterior al señor Mojica nada se le adeuda por concepto de prestaciones sociales, ya que las mismas derivan de un contrato de trabajo, que en el presente caso no existió.

NUEVA EPS inconforme con los numerales primero y segundo de la parte resolutiva del fallo, reclama que no fue probada la dependencia y subordinación en la ejecución de las actividades profesionales por parte del demandante. En el interrogatorio de parte, el señor Yesid Mojica confiesa que todo se trató de un contrato de prestación de servicios y describe los elementos propios del mismo, sin dejar a la vista indicio alguno que permita demostrar la existencia de un vínculo laboral. Señala que en la presente no existe solidaridad de parte de la Nueva EPS, como quiera que no se cumplen los presupuestos establecidos por el artículo 34 del CST, además de que el objeto social de las dos entidades es diferente. De otra parte, indica que no se analizaron en debida forma las pruebas documentales que indicaban que el rango salarial del señor Mojica no fue siempre el mismo, así como los testimonios rendidos por la señora Adriana Giraldo e Ingrid Toro, quienes afirmaron que el demandante no cumplía horario y la IPS se sujetaba a la disponibilidad de tiempo del médico, por lo tanto, prestaba sus servicios de forma autónoma e independiente.

LIBERTY SEGUROS S.A. solicita se revoque la decisión. Manifiesta que en el presente caso no existen los presupuestos esenciales de una relación laboral establecidos por el artículo 23 del CST, y se debe tener en cuenta que desde el líbelo demandatorio, el actor pretende es que se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios y solicita su resolución, lo que permite inferir que el demandante se encuentra conforme con el tipo de vinculación que tenía con la demandada. Destaca que en el interrogatorio de parte rendido por el señor Mojica, el mismo confesó que se apartaba de las instrucciones emitidas por el coordinador médico, lo cual demuestra que era completamente autónomo en la ejecución de sus actividades, ya que de esta situación no hubo ninguna repercusión negativa contra el actor. Así mismo, en atención a los testimonios rendidos por la señora Giraldo y la psicóloga Ingrid Toro, se acredita que el actor no se sujetaba a ningún tipo de horario, toda vez que el disponía del tiempo en que atendía las consultas. Respecto a la solidaridad declarada no está llamada a prosperar, puesto que no cumple con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia para estos casos, dado que la función desempeñada por el accionante no forma parte del objeto social y económico de la NUEVA EPS, en razón a que la misma no presta servicios médicos. Considera que no se puede hacer efectiva la póliza de seguro, como quiera que en el presente caso no se cumple con el artículo 1077 del código de comercio, es decir, no se probó la ocurrencia del siniestro y el señor Mojica no participó del contrato asegurado.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada:

- **NUEVA EPS:** solicita se revoque el fallo. Señala que lo que existió fue un contrato de prestación de servicios, lo cual, es confirmado por el demandante en su declaración de parte y por los testigos, aunque dicha confesión admite prueba en contrario, la cual, en el presente caso no existe, pues, el actor no probó las condiciones laborales, al contrario, a través de los medios probatorios recaudados, se logra demostrar que no existe tal subordinación que predica el fallo objeto de los recursos y cada una de las pruebas concluyen que se trató de una relación dentro de una prestación de servicios. La realidad fáctica demuestra que lo que existió fue una concertación entre el demandante y Bienestar IPS, que el actor gozó de plena autonomía para prestar el servicio y simplemente la IPS se adecuaba a la disponibilidad que el mismo indicaba; en la relación se estaba garantizando su autonomía administrativa del contrato y la autonomía técnica y financiera porque el mismo establecía su propio horario a través de la agenda.

- **LIBERTY SEGUROS S.A.:** manifiesta que la póliza de cumplimiento expedida por Liberty Seguros S.A. no brinda cobertura a las pretensiones principales de la demanda, como quiera que se relacionan con un contrato de naturaleza civil o comercial, y no laboral, por lo que no hay lugar a afectar el amparo de salarios y prestaciones sociales, propio de las relaciones laborales. Alega que en primera instancia el señor Mojica reconoce que, a pesar de que supuestamente le impartían unas instrucciones, él no las acataba sino que prestaba el servicio autónomamente actuando bajo su propia convicción y conocimientos sobre su profesión. Además, reconoce que el hecho de desacatar las instrucciones no conllevó a ninguna clase de llamado de atención por parte del personal de la IPS, lo que da a entender que no existía ninguna subordinación. Por otra parte, en relación con las cuentas de cobro, considera que la periodicidad de los pagos no constituye un indicio de la relación laboral. Destaca que no es posible predicar un siniestro para la póliza de cumplimiento No. BO-2504040, toda vez que las obligaciones presuntamente incumplidas emanan de un contrato diferente al garantizado,

el cual corresponde al de la Regional Atlántico, y no al de Cundinamarca, el cual es objeto de debate en el presente proceso.

- **BIENESTAR IPS:** considera que la parte actora trata de desnaturalizar el contrato que tenía pactado con la IPS. En esta clase de contrato de carácter civil la figura del derecho laboral denominada lucro cesante y daño emergente no tienen ningún sustento legal. Indica que en los contratos civiles existen cláusulas compromisorias y existen cláusulas determinantes propias de la esencia de cada contrato y hay lugar a perjuicios morales y materiales cuando no se cumplen las cláusulas convenidas. Para el presente caso la entidad cumplió con todas sus obligaciones civiles pactadas, luego el daño emergente y el lucro cesante no tiene validez en la controversia suscitada por el actor al no querer aceptar que el contrato había llegado a su finalización por voluntad propia.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si en la realidad existió un contrato de trabajo como lo determino el A quo o si por el contrario la prestación del servicio se realizó a través de un contrato de prestación de servicios.

Existencia del Contrato de Trabajo y extremos

Para definir la existencia de la Relación Laboral con NUEVA EPS S.A. y BIENESTAR IPS S.A.S., se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*". El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo

e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador en virtud de la cual; una vez se acredite la prestación del servicio se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Acorde al sustento normativo, corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral.

Al plenario junto con la demanda fueron allegadas las siguientes documentales:

- Contrato de prestación de servicios profesionales independientes (fl. 11 a 17) con fecha de suscripción 1 de enero de 2017 y con vigencia hasta el 30 de junio de 2017, en el cual se dispuso un pago de $25.000 por hora de consulta, de conformidad a la disponibilidad del profesional que debe enviar previamente al coordinador de la sede.
- Documento equivalente a factura correspondiente al mes de marzo de 2017 (fl. 18).
- Cuenta de cobro del mes de marzo de 2017 por valor de $6.798.000 (fl. 19).
- Cuenta de cobro del mes de abril de 2017 por valor de $3.960.000 (fl. 20).
- Cuenta de cobro del mes de mayo de 2017 por valor de $3.682.000 (fl. 21).
- Cuenta de cobro del mes de junio de 2017 por valor de $3.300.000 (fl. 22).
- Cuenta de cobro del mes de julio de 2017 por valor de $3.300.000 (fl. 23).
- Cuenta de cobro del mes de agosto de 2017 por valor de $3.025.000 (fl. 25).
- Carta de entrega del consultorio No. 7 (fl. 26 y 27).
- Requerimiento de pago de los emolumentos acordados de fecha 27 de agosto de 2017 (fl. 28).
- Requerimiento de pago de los emolumentos acordados de fecha 1 de octubre de 2017 (fl. 29).
- Requerimiento de pago de los emolumentos acordados de fecha 1 de diciembre de 2017 (fl. 31).

- Extractos de la cuenta de ahorros el banco Bancolombia a nombre del actor (fls. 32 a 36).

La demanda junto con su contestación allego las siguientes documentales:

- Pago mi planilla – compensar del mes de abril de 2017 (fl. 145).
- Pago mi planilla – compensar del mes de mayo de 2017 (fl. 146).
- Certificación de pagos efectuados expedida por mi planilla – compensar desde 20161003 hasta 20170722 (fl. 145 a 150).
- Comprobante de transferencia electrónica de fecha 1 de febrero de 2017 (fl. 157-158).
- Comprobante de transferencia electrónica de fecha 8 de marzo de 2017 (fl. 159-160).
- Comprobante de transferencia electrónica de fecha 28 de abril de 2017 (fl. 161-162).
- Comprobante de transferencia electrónica de fecha 30 de mayo de 2017 (fl. 163-164).
- Comprobante de transferencia electrónica de fecha 16 de junio de 2017 (fl. 165-166).
- Comprobante de transferencia electrónica de fecha 19 de julio de 2017 (fl. 167-168).
- Comprobante de transferencia electrónica de fecha 5 de septiembre de 2017 (fl. 169-170).

Absolvió interrogatorio el señor **YESID MOJICA OCAMPO en calidad de demandante**, dijo que el 1 de enero de 2017 suscribió un documento, que tenía vigencia hasta el 30 de julio de 2017 pero que trabajo hasta el 30 de agosto de ese año, sin contrato. El contrato fue suscrito con Bienestar IPS. El valor pactado de hora de citas por paciente correspondía a $25.000. Pactó con el coordinador médico horas adicionales, las cuales autorizó mediante su rúbrica durante los últimos 4 meses las que aún no se han pagado. Envió una misiva para terminar el contrato ante la falta de pago de los honorarios pactados, le deben aun el mes de agosto y aproximadamente 4 meses de horas extras que estaban fuera del contrato. El 31 de agosto de 2017 solicito suspensión del contrato y no recibió respuesta. No se cancelaron todas las facturas. Señala que tenía que cumplir unos horarios, adujo que no contaba con la suficiente planta de médicos razón por la cual los obligaban a laborar horas adicionales. La demandada no le cotizo a seguridad social. Prestaba sus servicios de forma subordinada, le daban instrucciones para realizar sus

funciones. No agendó citas según la disponibilidad de su tiempo al contrario la agenda se maneja con una ocupación del 140%, cada 15 días que le agendaba la misma EPS. Las agendas fueron cumplidas cabalmente el 4 de julio del año 2017. Le autorizaron un permiso, él no podía disponer de su tiempo de forma independiente. No prestaba sus servicios en ninguna otra entidad. Suspendió el contrato la última semana de agosto porque no le cancelaban. No tuvo ningún otro tipo de contrato con sociedad distinta. No Tuvo una relación directa con NUEVA EPS porque BIENESTAR IPS tenía un contrato con ella. Se atendían los pacientes en las instalaciones de BIENESTAR IPS, es decir era su usuario o beneficiaria pero él jamás tuvo contrato directo con Nueva EPS. Dice que los honorarios que debe bienestar son por conceptos del último mes de agosto 3.300.000 eso con referencia al mes que no termino, más 264.000 pesos por la pensión adicional de clientes, las horas adicionales del mes de mayo que fueron 232.0000, las horas adicionales de julio que fueron 272.000, las horas adicionales de 121 horas en resumen están debiendo 4.068.000. Del valor pactado debían pagar todos los parafiscales. El cancelaba la seguridad social de manera independiente. Inicialmente su contrato fue con BIENESTAR IPS todos los pacientes que se atendían allá eran de la NUEVA EPS, atendía casi 30 pacientes diarios. El coordinador médico enviaba mensaje de datos donde daba directrices poco ortodoxas sobre el manejo que se le daba dar al paciente, desde su teléfono salían todos los WhatsApp desde donde emitía ordenes sobre todo los médicos jóvenes le tenían que cumplir al pie de la letra lo que él enviaba. El señor Orlando Mesino era el coordinador médico y citaba a reuniones donde recalcaba las quejas que tenía la NUEVA EPS que se trasladaban a BIENESTAR IPS, que se debía cumplir con esa excelente prestación del servicio a los usuarios de la beneficiaria NUEVA EPS.

El representante legal de la **NUEVA EPS al absolver interrogatorio de parte**, dijo tiene un contrato con BIENESTAR IPS, el absolvente dice que se vinculó a NUEVA EPS el 1 de junio de 2020 por tanto desconoce cómo funcionan las IPS porque no las ha visitado. No le consta que hacían requerimientos médicos regulares o irregulares por la atención médica de bienestar IPS. El representante legal de la **BIENESTAR IPS al absolver interrogatorio de parte**, dijo que la relación de BIENESTAR IPS con el actor era de un contrato de prestación de servicios, mediante hora contratada por valor de $25.000. El tema de subordinación en profesionales de la salud es que ellos por lo general no trabajan para una sola entidad, en su mayoría disponen como van a prestar los servicios, por vocación tienen una profesión que

les permite prestar servicios en varias entidades. El señor Mojica no cumplía un horario, hay una agenda que el prestador le permite disponer de su tiempo, no es arbitrio de que pacientes llegan. Hay una agenda que le impone al prestador cumplir esas citas pero dependiendo de sus horarios. Dice que no ha tenido oportunidad de leer el contrato de prestación de servicios del demandante.

Se escuchó a **Adriana del Pilar Giraldo Ramírez, testigo peticionado por la parte demandada**, dijo ser la directora administrativa de la Regional Cundinamarca de BIENESTAR IPS, se encarga del recurso humano, afiliación del sistema de seguridad social, velar por las adecuadas instalaciones de la empresa, insumos, etc. Conoció el contrato del señor Mojica y las cuentas de cobro por prestación de servicios que el pasaba a la empresa. La empresa no había incumplido ningún contrato, se le pagaba normalmente como cualquier prestador de servicios. El actor unilateralmente dio por terminado el contrato mediante un correo electrónico enviado a las directivas de la empresa. El demandante no cumplía horario laboral, pasaba cuentas de cobro mensualmente con el RUT y la cuenta bancaria y le eran cancelados dichos honorarios. Al personal vinculado se le garantiza su afiliación a las Administradoras. No conoce los motivos por los cuales el demandante finalizó el contrato de prestación de servicios. La empresa maneja digiturnos en todas las sedes. Manifiesta que había un coordinador médico y asistente administrativo en cada una de las sedes, ellos deben cumplir con las directrices de la empresa dependiendo del caso. De acuerdo al área ellos tienen su autonomía. Los médicos envían el reporte de las horas mensuales que pueden trabajar y el coordinador acomoda la agenda de acuerdo a la disponibilidad de tiempo de cada médico, así se organiza la agenda. El contrato era directamente con la regional Cundinamarca.

También se escuchó a **Ingrid Toro Angulo**, **testigo peticionado por la parte demandada**, dijo laborar con bienestar IPS en el cargo de psicóloga del área de recursos humanos, su función se trata de todos los procesos de selección y contratación. Manifestó que maneja la parte de contratación directa con la empresa. No conoció el contrato que tuvo el Dr. Yesid Mojica porque era de prestación de servicios. El demandante tenía una orden de prestación de servicios razón por la cual debía pasar una cuenta de cobro, pago de seguridad social como independiente y la empresa realizaba el pago a su cuenta bancaria personal. El personal vinculado por contrato laboral es afiliado a seguridad social y los prestadores de servicios

deben pagarlo como independiente. Dice que el actor comunicó la terminación del contrato por prestación de servicios y lo envió por correo electrónico a las directivas de la entidad, no tiene conocimiento de las razones. En el proceso de selección de los prestadores del servicio primero se observa la necesidad, se recoge la documentación para analizar si cumple con los requisitos, se revisa en el RETHUS para los médicos, el prestador manifiesta que tipo de disponibilidad de tiempo tiene y así se organiza las agendas. Finalizado el mes debe pasar la cuenta de cobro y su cuenta bancaria personal para que sean consignados los honorarios. Las agendas son sujetas al cronograma de tiempo de cada médico. No existe un apoyo directo para los prestadores, lo que hay en cada sede es un coordinador médico que es un apoyo logístico para ubicar a los profesionales médicos en los consultorios donde prestaran el servicio. Ellos validan los pagos teniendo en cuenta el sistema que los rige. Dice que ella maneja solo los contratos de trabajo. Los pagos no son de su departamento como tal. Los digiturnos están en todas las sedes porque es la manera de la empresa de validar los horarios del personal directo de la empresa. Los prestadores del servicio no cumplen horario. El contrato de prestación de servicios iba desde el 1 de enero de 2017 y no tiene clara la fecha de finalización del mismo. No es la encargada de manejar la auditoria de las agendas. Hay un área específica que organiza las agendas, un call center que se divide con un área de agendamiento y son cuatro auxiliares que se encargan de crear las agendas de los prestadores y de los demás empleados.

Valoración Conjunta De Las Pruebas

De conformidad con lo anotado y valoradas las pruebas en su conjunto, encuentra la Sala que como bien lo concluyó el juez A quo, no existe duda con relación a la prestación personal del servicio por parte del actor como médico al servicio de la demandada BIENESTAR IPS.

Corresponde entonces examinar la subordinación del demandante, pues el debate jurídico y probatorio se centra aquí, en cuanto que el patrono sostiene que su demandante ejercía las labores en forma independiente bajo un contrato civil y que por esa razón su forma de contratación es la de prestación de servicios. La circunstancia de autonomía efectivamente se verifica en la relación laboral que existió entre las partes, pues contrario a lo afirmado por el actor, es claro que podía ejercer con autonomía y libertad su labor de médico según su disponibilidad de tiempo, sin que quedara demostrado que la demandada le impartía órdenes precisas

frente a cómo prestar el servicio de salud a los pacientes asignados. En este sentido se pronunció la SL CSJ en sentencia SL3345-2021[1] que reitero la sentencia SL1439-2021[2], en la cual asentó:

Falencia que no se suple con el hecho del cumplimiento de los horarios de los turnos asignados, pues para la prestación del servicio en los términos contratados con la EPS y para el funcionamiento de la sede en general, se hacía necesario establecer una programación que permitieran prestar el servicio de atención en salud. Sobra decir, que para este tipo de atención se deben programar las citas médicas con la determinación del galeno que brindara la atención, es por ello que se debe determinar el horario en el cual el profesional se encuentra en la sede y de esta manera asignarle los pacientes. Tampoco es de recibo el argumento de la parte demandante que señala que el coordinador médico de la sede impartía órdenes en representación del empleador, pues no se encuentran acreditados tales hechos en el plenario. Además, téngase en cuenta que la existencia de controles y seguimientos en el cumplimiento de las labores se hace necesario para el normal funcionamiento de cualquier empresa y en este caso de la IPS. De otra parte, no demostró el actor su afirmación de haber pedido permiso para ausentarse de sus labores; sin embargo de la lectura del contrato se advierte que quedo establecido que debía notificar el cambio de disponibilidad a la coordinación medica de la sede en que se prestan los servicios[3]. Al respecto recientemente la SL CSJ en la sentencia SL3345-2021, adoctrinó:

> *"En ese contexto, en el plenario debe estar plenamente acreditado que el contrato de prestación de servicios se caracterizó por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, a fin de desvirtuar*

---

[1] "Precisamente, tratándose de profesionales liberales, es importante destacar que en la última providencia citada, la Corte destacó que el solo hecho de que una persona ejerza una profesión cualificada -como en este caso la de médico-, no significa que se constituya una regla general en la que siempre se consideren independientes o autónomos. Téngase en cuenta que sobre ellos también aplica la referida presunción legal del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo (CSJ SL225-2020).

Bajo esa perspectiva, debe tenerse claro que una situación es que por el ejercicio de su profesión estos profesionales tengan siempre una independencia técnica, y otra que la subordinación se advierta de forma distinta a la de otros trabajadores no cualificados. Precisamente en dichos asuntos, una respuesta adecuada a un caso dudoso podría extraerse de un análisis realizado en el marco de su integración o incorporación en la estructura de la compañía, esto es y como ya se anticipó, cuando la relación contractual tuvo como causa la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo del profesional liberal según sus necesidades organizativas y este no gozaba de una libre disposición de su tiempo de trabajo."

[2] "Los trabajadores cualificados, como los de las profesiones liberales, gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación» . Por consiguiente, la subordinación en las profesiones liberales recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración en un servicio organizado, que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las condiciones de su ejecución (intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministrados por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo)."

*[3] **CLAUSULA DECIMA SEXTA:** Las partes acuerdan que el CONTRATISTA deberá informar con tres días hábiles de antelación a la Coordinación médica de la sede del CONTRATANTE la imposibilidad de prestar sus servicios profesionales independientes en el día y hora que previamente se había acordado con el CONTRATANTE para la atención de los usuarios. Lo anterior con el objeto de evitar trastornos en la atención de los usuarios.*

la presunción legal que respalda la prueba de la prestación personal del servicio en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Nótese que con lo anterior no se desconoce en modo alguno que en este tipo de contratación civil o independiente no están prohibidas la fijación de horarios, solicitar informes, establecer medidas de supervisión o vigilancia, y que incluso es válido impartir instrucciones o directrices en la ejecución del servicio, pues «naturalmente al beneficiario de éstos le asiste el derecho de exigir el cumplimiento cabal de la obligación a cargo del prestador» (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 40121); actividad que se ha considerado como de coordinación.

Lo importante es que estas acciones no desborden su finalidad al punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo (CSJ SL2885-2019). Esto ocurre precisamente cuando esas instrucciones, fijación de horarios y supervisión o control de la labor se imparten en el marco de la inserción o disponibilidad del trabajador en la organización de la empresa, a tal punto que limiten su autonomía y autodeterminación de su tiempo de trabajo debido a los controles y seguimientos del empleador." (Subraya fuera del texto).

Ahora, con relación a los pagos se debe señalar que contrario a lo dicho por el A quo, la periodicidad de pago mensual no es demostrativa de un contrato de trabajo, pues solo se refiere al acuerdo entre las partes al momento de la suscripción del contrato, de la forma de pago por los servicios prestados. Se debe agregar que el actor afirmó que no trabajaba para otra entidad en este mismo lapso, sin que ello quiera decir que tenía una exclusividad con la IPS demandada y que ello conlleve a la existencia de un contrato de trabajo.

Con respecto al horario en que laboraba el actor en esta IPS, se debe decir que no se tiene certeza sobre el mismo. A pesar que señalaron los deponentes que la IPS contaba con registros biométricos para la entrada y salida de las instalaciones, ello no quiere decir que se tomara como medida de control para el cumplimiento del mismo. Por el contrario, de la variación en los honorarios pagados según las cuentas de cobro aportadas con la demanda se puede establecer que no tenía un número de horas fijas asignadas en el mes. Para ilustrar mejor se tiene que en marzo laboró 206 horas, 120 horas en abril, 138 horas en mayo, para junio fueron 132 horas, 132 horas en julio y en agosto 121 horas. Lo que traduce que en promedio prestó sus servicios alrededor de 5,9 horas por día, y de tratarse de un contrato de trabajo desborda la lógica que se le pagaran horas adicionales al no cumplirse la jornada laboral ordinaria.

Siendo lo anterior así, concluye la Sala que no se reúnen los elementos de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo de la materia para la configuración del contrato de trabajo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para revocar en todas sus partes de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se revocan y se imponen a cargo del demandante. Sin costas en el alzada al no aparecer causadas.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de julio de 2020, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- **COSTAS.** Las de primera se **revocan** y se imponen a cargo del demandante. Sin costas en el alzada al no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL de AMELIA RAMÍREZ MORERA y VÍCTOR MANUEL SALAS ALDANA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. RAD. 2019 00245 01 JUZ 11.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

AMELIA RAMÍREZ MORERA y VÍCTOR MANUEL SALAS ALDANA demandaron a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 46 y 47.

- Reconocimiento y pago de la pensión familiar.
- Retroactivo.
- Intereses de mora.
- Subsidiariamente la indexación.
- Ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 47 a 49. Amelia Ramírez Morera nació el 9 de mayo de 1948 y cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2005. Víctor Manuel Salas Aldana nació el 6 de abril de 1954 y cumplió los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2016. Se afiliaron al ISS para los riesgos de vejez, invalidez y muerte; la demandante acumulo un total de 595,43 semanas, el demandante por su parte cotizo 713 semanas, para un total de 1.308,43 semanas cotizadas. Para el 9 de mayo de 1993 cuando la actora cumplió 45 años de edad

había cotizado 526,86 semanas. Para el 6 de abril de 1999 cuando el señor Salas Aldana cumplió 45 años de edad tenia cotizadas 713 semanas. Los demandantes conviven en calidad de compañeros por más de 40 años, relación de la cual se procrearon tres hijos. Los actores cuentan con clasificación Sisben Nivel II. A la señora Amelia le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por valor de $1.857.313 en respuesta a la solicitud de reconocimiento pensional. Solicitaron los demandantes el reconocimiento de la pensión familiar en el año 2015 y reiterada en el 2017, la cual fue negada en resolución SUB 276588 de 29 de noviembre de 2017.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 63 a 85.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos, aceptó el contenido de los hechos con excepción de las semanas cotizadas por el señor Salas Aldana, la convivencia de la pareja y la afiliación al Sisben.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa conclusión al establecer que no cumplen con la totalidad de los requisitos previstos en la norma, pues a pesar de encontrarse afiliados Sisben, lo cierto es que el nivel otorgado para el momento de alcanzar la edad de pensión es superior al previsto en la normativa que aplica a la pensión familiar.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: manifiesta que no se discute que la señora Amelia Ramirez morera y el señor Víctor Manuel Salas Aldana han sostenido una convivencia como pareja en unión libre ininterrumpidamente durante más de 43 años, que ambos cónyuges están clasificados en el nivel 2 del Sisbén y que han acumulado entre los dos, más de 1.300 semanas de cotizaciones; que la señora Amelia Ramirez Morera, para el día 9 de mayo de 1993, fecha en que cumplió 45 años de edad, había cotizado al sistema el 25% de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez y que el señor Víctor Manuel Salas Aldana, para el día 6 de abril de 1999, fecha en que cumplió 45 años de edad había cotizado más del 25% de las semanas requeridas para el disfrute de la pensión de vejez. Solicita que de no revocarse la sentencia se vulneraria derechos de rango constitucional y legal, establecidos en el artículo 48 y 53 de la Constitución Política.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de los demandantes, como quiera que las resultas del proceso fueron totalmente adversas a sus pretensiones.

Reclamación administrativa.

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición de fecha 19 de noviembre de 2015 (fls. 29 a 31), a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión familiar. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión familiar

La Ley 1580 de 2012 creo la pensión familiar introduciendo el capítulo V al título IV, libro I de la Ley 100 de 1993 y cuatro nuevos artículos. En el artículo 151A se define esta prestación como aquella por la cual *"la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de*

vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993."

Pero dicha ley previó que para acceder a la pensión familiar, cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes debían acreditar determinados requisitos, además de la sinergia de sus cotizaciones para lograr una sola pensión con arreglo a lo que previamente venía establecido en la Ley 100 de 1993 y fue así como el decreto 288 de 2014 sintetizó los requisitos exigidos por la Ley 1580 de 2012 en: a) Estar afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al momento de la solicitud de la pensión, b) Haber cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, siempre que dicha indemnización no haya sido pagada, c) Sumar entre los dos como mínimo, el número de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a lo establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, d) Haber cotizado a los cuarenta y cinco (45) años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, teniendo en cuenta el año del cumplimiento de esta edad, e) Acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente y f) Estar clasificados en los niveles 1 y 2 del Sisbén al momento del cumplimiento de la edad de pensión, de acuerdo con los cohortes[1] definidos por el Ministerio del Trabajo.

Ahora, al estudiar el cumplimiento de estos requisitos se tiene que los afiliados acreditaron estar afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida tal como se advierte del reporte de semanas expedidos por Colpensiones para cada uno de ellos (fls. 18 y 21).

En relación con el cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho a la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, se tiene que el demandante cumplió al edad de 62 años de edad y cotizo tan solo 928.14 semanas; por su parte la demandante alcanzo la edad de 57 años y cuenta con tan solo 595.43 semanas de cotización.
Es de anotar que al demandante Víctor Manuel se le adicionan los ciclos de 11-2015, 12-2017, 08-2018 y 10-2018 al reporte de semanas expedido de Colpensiones visible en el expediente administrativo que refleja 885.57 semanas, para un total de 928.14

[1] RAE. Acepción 1. Conjunto, número, serie. *Cohorte de males.*

semanas. Lo anterior, como quiera que estos periodos aparecen en mora por no pago del régimen subsidiado, en razón al no pago por parte del estado; sin que por esta razón se pueda afectar el derecho pensional del afiliado, tal como lo reseño la CSJ SL en sentencia SL5081-2015[2].

De otra parte se tiene que a la señora Amelia le fue reconocida la indemnización sustitutiva en resolución 31895 de 2004, sin embargo mediante resolución SUB41205 de 15 de febrero de 2018 se aceptó el desistimiento de esta prestación y por tal razón no le fue pagada la suma de dinero reconocida. En gracia de discusión se señala que a pesar que la norma señala como requisito que esta no se hubiera pagado, lo cierto es que este hecho no constituye un impedimento para acceder a la prestación deprecada, tal como lo adoctrino nuestro órgano de cierre en sentencia SL 3819-2020, así:

> *"En tal panorama,* es evidente que el literal b) del artículo 2.° del Decreto Reglamentario 288 de 2014 incorporó *una regla normativa que restringió el alcance de la ley reglamentada, esto es, estableció, contra el querer del legislador, que el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez impide acceder a la pensión familiar.*
>
> *Por ello, dicha disposición es inaplicable y, en consecuencia, el pago de la indemnización sustitutiva, no obstruye la causación de la pensión familiar; de ahí la equivocación del Tribunal.*
>
> *Además, esta Sala tiene adoctrinado que la indemnización sustitutiva es una prestación subsidiaria o residual respecto de la pensión de vejez (CSJ SL13645-2014) y, en este caso, lo es también respecto de la pensión familiar. Es decir, solo procede el reconocimiento de dicha indemnización cuando los miembros de la pareja, a pesar de tener la edad, no han cumplido con el número mínimo de semanas y no tienen la posibilidad de seguir cotizando para el riesgo de vejez; además, si los cónyuges o compañeros permanentes cumplen con los requisitos mínimos para acceder a la pensión familiar, ya tienen un derecho adquirido. Por ello, el hecho de que la demandante recibiera el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no impedía que ella y su pareja reclamaran judicialmente la prestación analizada."*

Frente al número de semanas cotizadas, del resumen de semanas de la señora Amelia si tiene que acumulo un total de 595.43 y el señor Víctor Manuel la suma de 928.14 semanas, lo que arroja un total de 1.523.57 semanas cotizadas, cumulo que

[2] "*Ahora bien, en cuanto a la presunta omisión del Estado de pagar algunos meses de subsidios a favor de la actora, lo que genera en términos de la censura la ineficacia del aporte de ésta, la Sala encuentra que si bien en la documental de folios 19 a 25 aparecen meses que no tienen el respectivo aporte del Consorcio- Prosperar a favor de la demandante, lo cierto es que esta omisión le resulta inoponible a ésta, en la consolidación de su derecho pensional, tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Sala, pues, tratándose de un deber legal de las entidades estatales correspondientes, no puede endilgársele culpa alguna a quien tiene la expectativa legítima y fundada de que el Estado efectuara el pago de la parte de la cotización que es subsidiada.*"

resulta suficiente para satisfacer lo establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con el requisito del literal d), se tiene que la señora Ramírez Morera cumplió la edad de 45 años el 9 de mayo de 1993, fecha para la cual el mínimo se semanas correspondía a 1.000 conforme lo previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que el 25% de esta cuantía equivale a 250, monto que supero la actora al contar para esa data con 530,29 semanas según su historia laboral expedida por la administradora. En relación con el señor Salas Aldana, se tiene que cumplió la edad de 45 años el 6 de abril de 1999, fecha para la cual el mínimo se semanas correspondía a 1.000 conforme lo previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que el 25% de esta cuantía equivale a 250, monto que supero al contar para esa data con 739.57 semanas según su historia laboral.

En lo que tiene que ver con el último de los requisitos, que corresponde a contar con la clasificación en los niveles 1 y 2 del Sisbén al momento del cumplimiento de la edad de pensión, de acuerdo con los cohortes[3] definidos por el Ministerio del Trabajo, de conformidad con lo informado por el Departamento Nacional de Planeación (fls. 139 y 140) se tiene que la actora para el 2005, data en que cumplió los 57 años el DPN no contaba con información consolidada; por su parte el actor para el 2016, momento en que arribo a los 62 años de edad contaba con una puntuación de 50,19 que supera las cohortes del Sisbén 1 y 2[4], lo que conlleva a que este requisito se encuentre insatisfecho.

El requisito anterior resulta inquebrantable, por corresponder a lo dispuesto por el legislador en procura de la distribución equitativa de los recursos de la seguridad social, tal como lo enseño la CSJ SL en la sentencia SL 3819-2020, así:

> *"Tal cuestionamiento fue el mismo que analizó la Corte Constitucional en sentencia CC C-613-2013, al definir la constitucionalidad del literal k) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993, introducido por la Ley 1580 de 2012.*
>
> *En esa oportunidad, dicha Corporación señaló que «las personas categorizadas en los niveles 1 y 2 del Sisbén son aquellas que se hallan en las mayores condiciones de vulnerabilidad socioeconómica en nuestra*

[3] RAE. Acepción 1. Conjunto, número, serie. *Cohorte de males.*
[4] Resolución No. 01708 de 2014

NIVEL	1	2
Cohorte	0-41.90	41.91-43.63

sociedad, usualmente en situación de indigencia o extrema pobreza»; que aquellos que están en niveles superiores, si bien están en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, no son tan extremas como las del primer grupo; que las personas no clasificadas, generalmente tienen la posibilidad de garantizar su propia subsistencia en condiciones dignas; y que, por tanto, desde el punto de vista de la situación socioeconómica y la necesidad de intervención del Estado, «los tres grupos se encuentran en situaciones diferentes».

Asimismo, indicó que al ser la pensión familiar una prestación que tiene como objeto la ampliación de la cobertura del sistema, requiere de una inyección importante de capital estatal para subsidiarse, «lo que hace necesario que se adopten criterios de distribución de los recursos públicos disponibles».

De la suma de los mencionados factores, concluyó «que las parejas de cónyuges o compañeros permanentes afiliadas al RPM clasificadas en los niveles 1 y 2 del Sisbén, y las demás parejas afiliadas al mismo régimen, no son comparables desde el punto de vista del acceso a la pensión familiar», y aun si lo fueran, «el Legislador goza de libertad de configuración en materia de seguridad social, particularmente cuando se trata de la ampliación de la cobertura del sistema de pensiones».

Asimismo, esta Sala considera que en el compromiso de concretar los valores del Estado social de derecho y procurar por la distribución equitativa de los recursos de la seguridad social, el legislador tiene la facultad de restringir el grupo de afiliados que puede acceder a una prestación como la estudiada. Así, es una decisión legal legítima limitar el acceso a la pensión, para aquellos afiliados en niveles 1 y 2 del Sisbén.

En armonía con lo anterior, el hecho de que no se reconozcan como beneficiarios de la pensión familiar a los grupos poblacionales en niveles del Sisbén superiores al 1, 2 y los no focalizados, que generalmente no requieren la asistencia del Estado, antes que violar la Constitución, constituye un claro esfuerzo por avanzar en el desarrollo de los principios supralegales de solidaridad, universalidad y eficiencia, y si bien no refleja lo que debería ser un sistema de protección social equitativo, sí aporta a su construcción a la luz del artículo 48 de la Constitución Política."

Así las cosas, los actores no cumplen con los requisitos para acceder a esta prestación, tal como lo concluyo la A quo.

Suficientes resultan los anteriores argumentos para la confirmación de la sentencia consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

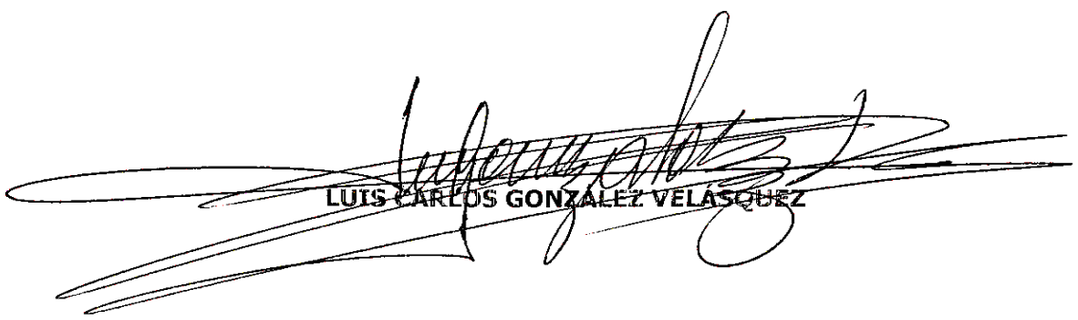
En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera instancia se **CONFIRMAN.** Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL SKANDIA S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00248 01 Juz 38.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ demandó a la AFP PROTECCIÓN S.A., AFP OLD MUTUAL SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 88.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 88 a 90. Nació el 16 de agosto de 1962. Estuvo afiliada al ISS en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 1987 hasta el 30 de junio de 1995, en donde cotizo un total de 414 semanas. El 23 de junio de 1995 se trasladó al RAIS, mediante la AFP Protección. Actualmente se encuentra vinculada a Old Mutual S.A. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó

una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. Sumados los tiempos cotizados en el RPM y el RAIS, acredita un total de 1540 semanas. La AFP Protección el 20 de febrero de 2018 deniega la solicitud de nulidad de traslado interpuesta. El valor de la mesada pensional entregada por la AFP Old mutual, dispuso que en el RAIS equivale a la suma de $4.757.656, mientras que en el RPM el monto ascendería al valor de $5.039.000. Realizada la reliquidación de la pensión de vejez se obtuvo un monto de la mesada pensional de $10.518.970. Solicito ante Colpensiones la nulidad de traslado de régimen, la cual comunico que no era procedente.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 243 a 265.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica,

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., contestó como consta a fls. 119 a 133.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el traslado a la AFP Old mutual, el total de semanas cotizadas por la actora, el derecho de petición interpuesto ante Old Mutual, la respuesta de la AFP Old Mutual y la solicitud de nulidad de traslado, la cual fue negada.
- Propuso como excepciones de fondo; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

La AFP PROTECCIÓN S.A., contestó en los términos del escrito visibles en folios 211 a 218.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado a la AFP Protección, el derecho de petición radicado y la solicitud de traslado denegada. 3, 9-15
- Formulo como excepciones de mérito; validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la actora no demostró vicio de consentimiento alguno al momento de efectuar el traslado al RAIS. De otro lado, al analizar que la demandante ha permanecido en el RAIS y se ha trasladado según su conveniencia laboral, además al tener en cuenta que su profesión es economista, es claro que conoce cómo funciona el sistema pensional. El desconocimiento de la ley en su caso no sirve de excusa. Finalmente, se aparta de lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues la misma señala que se debe estudiar cada caso en particular, y como quiera que las situaciones fácticas, así como las pruebas traídas al proceso difieren de los casos estudiados por esa corporación, para el caso objeto de estudio no se accede a las pretensiones.

Recurso de apelación

La parte demandante inconforme con la decisión solicita se revoque el fallo en su integridad. Aduce que la sola firma del formulario no conlleva que se trate de una decisión informada. Es obligación de las AFP brindar la información completa, clara y veraz, ventajas y desventajas de cada régimen así como las consecuencias jurídicas del traslado de régimen, además de ser objetiva, comparada y transparente. No se probó en el plenario que la AFP hubiera cumplido con su deber de información. En relación con los vicios del consentimiento, señala que las consecuencias de traslado desinformado es la ineficacia del actor jurídico del traslado, y no se debe estudiar desde la perspectiva de nulidad. La afirmación de

falta de suministro de una información veraz y suficiente se constituye en un supuesto negativo, el cual es carga de la AFP desvirtuarlo dada su posición en la relación jurídica. Su calidad de economista no la hace experta en el sistema pensional. No hay evidencia que se le hubiera expuesto de manera completa un comparativo de los regímenes pensionales. El deber de información siempre ha existido, entonces no es una obligación retroactiva que se esté imponiendo, no existe afectación a la estabilidad financiera de Colpensiones como quiera que se trasladan los aportes junto con sus rendimientos.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: solicita se revoque la decisión y en su lugar se acceda a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. De acuerdo con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es clara la potestad radicada en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, para escoger en forma libre y voluntaria el régimen al cual desean estar vinculados para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión por vejez, el cual debe estar precedido de una información veraz, clara, completa y transparente por parte de la Administradora de Pensiones del RAIS, de las consecuencias y efectos que tendría esta decisión en la situación pensional de quien asume esta decisión. Adicional a lo anterior, requiere se tenga en cuenta lo dispuesto en sentencias de tutela STL 3199 de 2020, rad. 58288; STL3432 de 2020, rad. 58980; STL 3226 de 2020, rad. 58266 y STL 3187 de 2020, rad. 58450, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ratifican el precedente jurisprudencial de esa corporación, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** no se pronunció en esta etapa.

- **PROTECCIÓN S.A.:** no se pronunció en esta etapa.

- **OLD MUTUAL S.A.:** solicita se confirme el fallo. Manifiesta que la ley 100 de 1993, impuso a las AFP un deber simple de información, es decir, que sus promotores suministraran información suficiente a los posibles afiliados en

todo lo relacionado con el producto o servicio que éstos pretendían contratar, sin que se les impusiera la carga u obligación a los Fondos de dejar evidencia física o material de la información brindada. El desarrollo normativo y jurisprudencial que ha sufrido a lo largo del tiempo el deber de información/asesoría en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones, puntualmente lo establecido por la Corte Suprema de Justicia mediante la línea jurisprudencial que se ha venido consolidando desde el año 2008, irrumpe con el principio constitucional de la confianza legítima y buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta Política, es claro que la aplicación del precedente judicial de la CSJ de manera indiscriminada se constituye como una violación del derecho fundamental al debido proceso, pues se están aplicando a determinadas relaciones jurídicas, normas que no estaban vigentes para la época en la que se ocasionó el acto jurídico que pretende declararse como ineficaz.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 20 de febrero de 2018 (fls. 45 a 49), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 23 de junio de 1995 cuando solicitó su vinculación a la AFP Protección S.A. (fl. 8), se trasladó a la AFP Colfondos el 9 de enero de 2001

(fl. 20), luego se vinculó a la AFP Skandia (hoy AFP Old Mutual) el 10 de octubre de 2008 (fl. 36).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 23 de junio de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Protección S.A. (fl. 8), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no

---

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.
Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Sin embargo, la AFP Protección no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (fl. 8) consignada con la firma de la demandante, no es prueba suficiente para probar un consentimiento debidamente informado. Pues no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, omisión que no se subsana por el hecho de la preparación académica de la actora como profesional en economía, ya que el nivel de estudios de una persona u oficio desempeñado no la hace conocedora de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional. No obstante, el análisis del caso obedece a la

---

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019). Es por lo anterior, que el argumento de traslado entre administradoras del mismo régimen no procede para pretender convalidar con esa actuación la decisión de cambio de régimen pensional.

La AFP Protección, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994. Sin embargo no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el calculó del IBL de la demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Con base en lo anterior, la AFP Protección no demostró que su actuar se ajustó al deber de información en el momento de la selección del régimen que exige la SL CSJ el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada al aseverar que cumplió con tal deber, pues su actuar debía ser demostrado, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuariando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 24 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón[4], y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional* ***no se exige*** *que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

Se resalta que si bien existe diferencia entre ineficacia y nulidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688[5] y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por

---

[4] *" Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*
Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.
Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.
(…)
En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

[5]

analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Así las cosas, es evidente que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ al régimen de ahorro individual efectuada el 25 de junio de 1995 a la AFP Protección S.A. (fl. 8) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la devolución de los rendimientos de los aportes que tenga la actora en su cuenta individual y los gastos de administración, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones.

En consecuencia, y como quiera que actualmente el actor se encuentra vinculado con la AFP OLD Mutual S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace 26 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores argumentos, se habrá de **revocar** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

En mérito de 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

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de marzo de 2020, la cual absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de la señora PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 25 de junio de 1995 a la AFP PROTECCIÓN S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación

definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **OLD MUTUAL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** como actual administradora de la actora, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS. Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA ELIZABETH GALVIS ARDILA CONTRA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00523 01 Juz 07.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARIA ELIZABETH GALVIS ARDILA demandó a COLFONDOS, PROTECCION y a COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios. 2 a 21.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petitia.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 3 a 4. Nació el 11 de noviembre de 1960, se afilió al ISS el 1 de enero de 1978. Se trasladó a la Protección S.A. el 2 de febrero de 1998, momento para el cual contaba con 337,57 semanas cotizadas. Posterior a esto fue trasladada a Colfondos el 21 de febrero de 2002, en donde se encuentra en la actualidad. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias como capitalización. No se le realizó una comparación de los

regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. Las AFP no desalentaron a la demandante en continuar vinculada al RAIS. Solicitó la afiliación ante Colpensiones y ante la AFP Porvenir la nulidad de la afiliación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas Colpensiones, AFP Protección y Colfondos contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en folios. 201 a 224.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la edad de la actora, la fecha en que se afilió al ISS y la fecha en que se trasladó a Protección.
- Formuló como excepciones de mérito; 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 y genérica o innominada.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó en los términos del escrito visible a folios 175 a 186.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos no aceptó ninguno.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y genérica

La AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS contestó en los términos del escrito visible a folios 120 a 129.

- Se opuso a las pretensiones incoadas en su contra.

- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de traslado de la actora a Protección, y que en la actualidad se encuentra afiliada y pensionada por parte de Colfondos.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, calidad de pensionada de la demandante, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, compensación y genérica o innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y condenar en costas a la actora. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que a pesar de que la AFP (Protección) no desplego su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el momento del traslado de régimen, se evidenció en este caso una ratificación tácita del traslado y saneamiento de la nulidad al haber solicitado y aceptado la demandante su pensión en el RAIS posterior a las proyecciones que le fueron realizadas sobre la posible mesada pensional de ambos regímenes pensionales. De igual manera tuvo en cuenta que no se presentó en este caso el régimen de transición o ninguna otra disposición que diera lugar al traslado en cualquier tiempo por medio de la ley o jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Recurso de apelación

La demandante solicitó que se accedan a todas sus pretensiones debido a que las entidades demandadas no demostraron correctamente haber cumplido con su deber de información sobre los regímenes pensionales durante la vinculación al régimen de ahorro individual, por consiguiente, se presenta una ineficacia en este traslado. Así mismo que los funcionarios judiciales están obligados a resolver conforme a la jurisprudencia de las altas cortes, por lo que suscribir el formulario de afiliación no agota el deber de información y que haber accedido la actora a su pensión en los preceptos del régimen de ahorro individual no conlleva a una aceptación sino una aplicación al mínimo vital para sobrevivir mientras se definía su situación mediante una sentencia.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se revoque la sentencia proferida ya que las entidades demandadas no probaron haber cumplido con el deber de información que tenían que brindar a la actora y solo aportaron al proceso el formulario de afiliación que no es prueba suficiente, por lo que no cumplieron con su respectiva carga probatoria en el proceso.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** Pide sea absuelta de todas las condenas impuestas en su contra debido a que el traslado inicial realizado a Protección cumplió con todos los requisitos legales de la época y está libre de vicios, así quedó demostrado en el proceso mediante los interrogatorios y documentales aportadas. De igual forma dice que no se adujo al error a la demandante, que el termino para pedir la recisión ya pasó debido a que el acto fue realizado en 1998, que la ley no permite trasladarse en los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para la pensión y que la actora no tiene el beneficio del régimen de transición para realizar este traslado solicitado. En caso contrario pidió se sujete la condena de esta entidad al cumplimiento previo de las condenas sobre las AFP

- **PROTECCION:** Requiere se confirme la sentencia proferida en razón a que el contrato celebrado con la demandante es legal y cumplió con los requisitos normativos para la fecha de su realización, no se tenía ningún deber de vigilancia y cuidado al ser la actora una persona capaz y tenía por lo tanto responsabilidades a la hora de firmar un contrato.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto*

del recurso de apelación", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada la petición radicada el 5 de febrero de 2018 (EXP DIGITAL Archivo GEN-RES-CO-2018_1298893-20180205030050), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 2 de febrero de 1998, cuando solicitó su vinculación a la AFP ING (hoy AFP PROTECCIÓN S.A.), según el reporte SIAFP de folio 131; se traslado posteriormente a la AFP COLFONDOS el 21 de febrero de 2002 (fl. 132), a la cual se encuentra actualmente vinculada.

Adicional, a la demandante le fue reconocida pensión de vejez (garantía de pensión mínima) por parte de la AFP Colfondos (fls. 134 a 137 expediente digital), a partir del 1 de febrero de 2018.

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Con relación a esto, si bien la actora el 2 de febrero de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP ING (hoy AFP Protección S.A.) (fl. 131), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.***

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2] y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de

---

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

[2] *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

De otra parte, se tiene por acreditado que le fue reconocida pensión de vejez (garantía de pensión mínima) por parte de la AFP Colfondos (fls. 134 a 137 expediente digital), a partir del 1 de febrero de 2018, calidad de la actora que constituye una status jurídico.

---

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

Frente a la situación jurídica antes planteada, la CSJ-SL en sentencia SL373-2021 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, respecto a la invalidación del traslado de régimen cuando quien demanda es un pensionado, abandono el criterio adoptado en sentencia con rad. 31989 de 2008. Lo anterior, luego de determinar que no es posible que bajo la figura de la ineficacia de la afiliación, el afiliado pensionado en el RAIS regrese al RPM en el mismo estado en que se encontraba previo a su traslado, por tratarse la calidad de pensionado de un hecho consumado, un status jurídico que no es razonable retrotraer, debido a las afectaciones al sistema en su conjunto. Pues reversar el acto del traslado y el reconocimiento pensional, conlleva que sufra la misma suerte todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según la modalidad pensional que se hubiera elegido. En atención a lo anterior esta Sala acoge el nuevo criterio adoctrinado por la CSJ-SL.

Por lo anterior, a pesar que la AFP Protección no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión al momento del traslado de régimen, por cuanto el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado por contar el demandante con un status jurídico consolidado que como se expuso, no es posible revertir.

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la confirmación de la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

La de primera se confirma. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

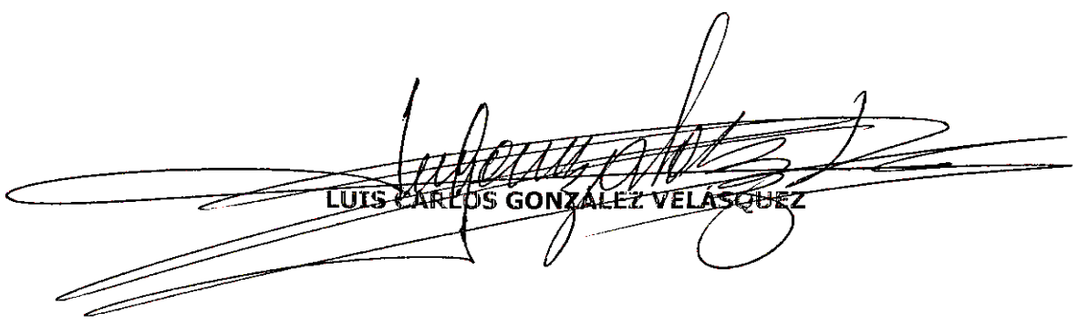
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

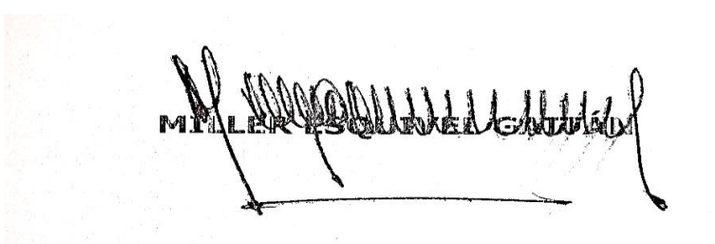
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. La de primera se confirma. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos ($500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA SOTO QUITIAQUEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00565 01 Juz 34.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SANDRA SOTO QUITIAQUEZ demandó a la AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Subsidiariamente el reconocimiento de pensión de vejez a cargo de la AFP Porvenir.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 8. Nació el 21 de julio de 1963. Se afilio al ISS el 19 de mayo de 1992 en donde estuvo realizando cotizaciones hasta el 30 de septiembre del 2000, sumando un total de 399 semanas. El 1 de octubre del año 2000 acudieron asesores de la AFP Porvenir a la empresa que estaba

vinculada, Marcalí y Cía Ltda., ese día adelantaron afiliaciones y traslados de las personas que cotizaban en el ISS. Posteriormente en el 2003 concurrieron los funcionarios de la AFP Santander, hoy Protección S.A. y realizaron afiliaciones a los trabajadores, entre las cuales se llevó a cabo la vinculación de la demandante. El 1 de agosto de 2017 se trasladó nuevamente a Porvenir S.A. Al momento de los respectivos traslados no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenia de retornar al RPM. Tampoco le fue informado la redención del bono pensional, el cual tenía derecho de continuar afiliada al régimen de prima media. Solicito por medio de derecho de petición proyección de mesada pensional en ambos regímenes pensionales, ante la AFP Porvenir, la cual mediante respuesta de fondo manifestó que en el RAIS la mesada seria equivalente a la suma de $781.242, mientras que en el RPM administrando por Colpensiones le correspondería una mesada pensional de $3.379.600. El 22 de agosto de 2018 radicó solicitud de nulidad de traslado a Colpensiones, la cual fue negada. Al efectuar cálculo diferencial entre los valores de mesada pensional que arroja el cálculo actuarial proyectado al cumplimiento de las semanas mínimas requeridas tanto por Colpensiones como con la exteriorizada por Porvenir S.A., surge una desproporción de más del 70% con relación a la mesada que puede llegar a percibir en el RPM.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 136 a 153.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación inicial al ISS, el traslado al RAIS mediante la AFP Porvenir, la afiliación a la AFP Santander, hoy Protección S.A., el retorno a Porvenir S.A., la función de control de la Superintendencia financiera a las administradoras de pensiones, el derecho de petición radicado ante Colpensiones, la respuesta de negativa de

Colpensiones a la solicitud de nulidad de traslado, el derecho de petición radicado ante Protección S.A., la respuesta emitida por el gerente de defensa judicial de Colpensiones, la información de la historia laboral y semanas de cotización solicitada ante Protección S.A. y el derecho de petición radicado a la AFP Porvenir S.A.

- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

La AFP PORVENIR S.A, contestó como consta a fls. 276 a 287.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la función de control de la Superintendencia financiera a las administradoras de pensiones, el derecho de petición radicado ante Porvenir S.A., la respuesta oportuna a la petición y la entrega de la proyección de mesada pensional solicitada.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a Porvenir S.A., compensación, buena fe y genérica.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos del escrito visible en fls. 188 a 213.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a Protección S.A., la función de control de la Superintendencia financiera a las administradoras de pensiones, la información solicitada ante Protección mediante derecho de petición, la respuesta emitida por Protección S.A. en cuanto a los cálculos actuariales y soportes solicitados.
- Formuló como excepciones de mérito; 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 y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir de fecha 4 de septiembre

de 2000. Ordenó a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen. Negó el reconocimiento de la pensión de vejez al considerar que primero se debe reintegrar los aportes realizados por la actora al RPM, pues se hace necesario de manera previa consolidar el capital reintegrado asimilado en tiempo de cotización para establecer el cumplimiento de los requisitos, por lo que no es procedente ni siquiera el estudio preliminar de esta prestación y en su debida oportunidad deberá ser estudiada por Colpensiones.

Recurso de apelación

COLPENSIONES inconforme con la decisión, señala que al momento del traslado por parte de la AFP se cumplió con la obligación legal que correspondía a la suscripción del formulario. Se debe tener en cuenta la afectación a la estabilidad financiera del sistema al recibir a una persona que está próxima a alcanzar la edad de pensión.

PORVENIR señala que se debe revocar la sentencia en su integridad. Al efecto considera que el formulario de afiliación demuestra el consentimiento de la actora en el traslado de régimen y que recibió la asesoría correspondiente. Acepto que le fue informadas características del RAIS tales como pensionarse de manera anticipadamente y con el monto de mesada que escogiera. El requisito previsto para el año era el diligenciamiento del formulario, como fue realizado. No se demostró un actuar doloso por parte del asesor de esta AFP. El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Las consecuencias del traslado de régimen se encuentran previstas en la Ley. No se puede considerar que el traslado le fuera desventajoso al momento del traslado, como quiera que para ese momento le faltaban más de 20 años.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que la deficiente asesoría brindada al potencial afiliado, solo puede ser desvirtuada por los fondos de pensiones, allegando oportunamente el material probatorio que así lo soporte, situación que no se presentó en el presente caso. Nunca se le realizo por escrito a la señora Soto Quitiaquez, por parte de las AFP, cálculo comparativo de un valor eventual de mesada pensional en cada uno de los regímenes pensionales, ni las implicaciones tanto favorables como desfavorables de conveniencia para tomar esta decisión. No quedó demostrado por parte de los fondos privados, que se le hubiera informado el derecho de retracto que tenía en su momento como asegurada, ni tampoco escogió modalidad pensional, lo cual implica que es viable su retorno al régimen anterior al cual estaba válidamente afiliada, en este caso al RPM.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** manifiesta que al momento de la solicitud del retorno al RPM la demandante contaba con 55 años, encontrándose en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Indica que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, ahora bien no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFP Porvenir y Protección S.A. En caso de no acogerse los argumentos expuestos y en consecuencia la Sala confirme la providencia, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI de la demandante por la AFP.

- **AFP PROTECCIÓN:** no se pronunció en esta etapa.

- **AFP PORVENIR:** Considera que las AFP en el RAIS colocan en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro, planeación que obviamente implica ciertas actuaciones tales como mantener un nivel de cotizaciones constante, no solo en tiempo sino en valor y/o efectuar cotizaciones voluntarias al fondo de pensiones obligatorias, opción con la que no cuentan los afiliados al ISS y que es una de las mayores ventajas del RAIS en la medida en que permite pensionarse de manera

anticipada y con un monto de pensión previamente calculado; información que conocía el demandante al momento del traslado, según quedó demostrado en el curso del proceso.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S*.,* así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación",* el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 22 de agosto de 2018 (fls. 31 a 35), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 4 de septiembre de 2000 (fl. 99) cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A. Luego se trasladó a la AFP ING (hoy Protección S.A.), según formulario que reposa a folio 82 el 6 de junio de 2003. Posterior a ello regreso a la AFP Porvenir S.A. el 13 de junio de 2017 según formulario que reposa a folio 100, en la cual se encuentra actualmente vinculada.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le

suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 1 de septiembre de 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 99), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994[1], norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas[2]

---

[1] ***Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. ***La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar***.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

[2] "*No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de*

y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989[3], para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

---

forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

[3] "*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.
En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la apoderada de Porvenir no se subsanan con la aceptación de la demandante de conocer que podía pensionarse de manera anticipadamente y con el monto de mesada que escogiera, pues además de ser solo una de las muchas características del RAIS no dio cuenta de las variables para acceder a ello, tales como lo acumulado en la cuenta de ahorro individual o la negociación del bono pensional; en consecuencia no se puede tener como conocedora de todas las características de los regímenes pensionales y de las eventuales implicaciones de un traslado, pues se reitera, el análisis del caso, obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP, deber que ha existido desde el principio (SL1452-2019). Además, resulta evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

En relación con el argumento de Colpensiones que refiere que el error de derecho no tiene fuerza legal que implique la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen, resulta oportuno recordar que lo que el hecho generador de la ineficacia del traslado es precisamente el incumplimiento de la AFP en el suministro de información completa, clara, veraz y comprensible por parte del afiliado, para que de esta manera su decisión goce de plena validez en el mundo jurídico.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en

contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008[4]), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020[5]).

Finalmente, precisa La Sala que no se pronuncia frente al reconocimiento pensional como quiera que se trataba de una pretensión subsidiaria a la ineficacia del traslado, la cual salió avante y se confirma en esta providencia, además que no fuera objeto de apelación por ninguna de las partes.

Bajo los anteriores razonamientos se confirmará la sentencia apelada.

---

[4] "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

[5] El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense como agencias en derecho el equivalente al smmlv para esta anualidad ($908.526) a cargo de cada una de ellas.

DECISIÓN

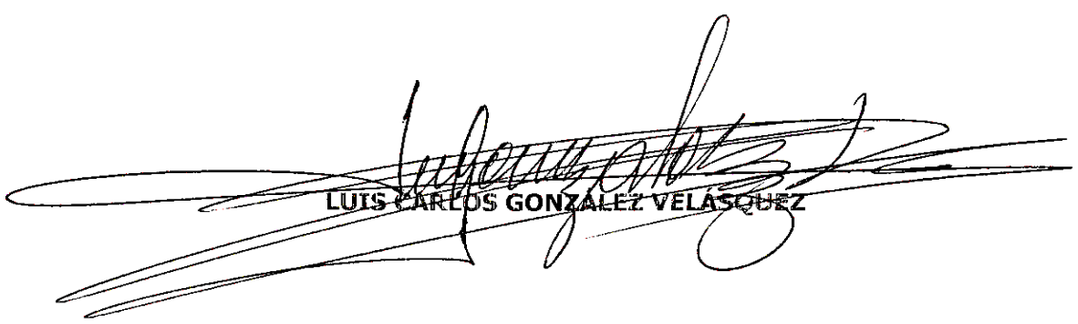
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense como agencias en derecho el equivalente al smmlv para esta anualidad ($908.526) a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO

MILLER ESQUIVEL GAITÁN