



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LUZ MARINA CABARIQUE SOLANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta Administradora respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 16 de septiembre



de 2021, proferido por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La actora demandó la nulidad de su traslado del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene a la AFP devolver a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual con los valores recibidos por rendimientos financieros, bonos pensionales, ahorros adicionales, cuotas de administración y demás que correspondan; la Administradora del RPM debe recibir dichos valores, registrar su afiliación sin solución de continuidad y, reconocer su pensión de vejez y; costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 24 de octubre de 1963; estuvo afiliada al sistema general de pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales – ISS de 19 de julio de 1982 a 31 de diciembre de 1996, cotizando 191 semanas; el 01 de enero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A., los asesores de la AFP le dijeron que los fondos eran más confiables, la pensión que recibiría era igual a la del ISS, la diferencia era que se podía pensionar antes y que la prestación era heredable a su cónyuge e hijos; no le explicaron las desventajas del traslado, ni lo referente a la pensión mínima, tampoco las modalidades pensionales, ni elaboran la proyección de la prestación, ni le proporcionaron información técnica y adecuada respecto de su situación fáctica; su mesada pensional sería de \$3´483.597.00 en el RPM y, un salario mínimo legal mensual vigente



en el RAIS; el 27 de enero de 2019 solicitó a las enjuiciadas su traslado al RPM, recibiendo respuestas desfavorables¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió la calenda de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS y, la reclamación administrativa con respuesta negativa. En su defensa propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, su buena fe, inexistencia de intereses moratorios y de indexación, compensación y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. presentó oposición a los pedimentos, en cuanto a las situaciones fácticas aceptó la solicitud de traslado y su respuesta negativa. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción de la acción de nulidad y, su buena fe³.

Con auto de 03 de septiembre de 2021, el *a quo* remitió el expediente al Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá,

¹ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 8 a 29.

² CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 176 a 192.

³ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 260 a 294.



atendiendo la medida de descongestión ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A. efectuado el 06 de noviembre de 1996 por Luz Marina Cabarique Solano; declaró a la demandante válidamente vinculada al RPM, como si nunca se hubiese traslado; ordenó a PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de esa afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; ordenó a la Administradora del RPM que una vez reciba los aportes de la AFP y la demandante se retire del servicio proceder a estudiar la prestación de vejez; absolvió de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a COLPENSIONES y, a PORVENIR S.A.⁵.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las entidades de seguridad social convocadas a juicio interpusieron sendos recursos de apelación⁶.

⁴ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, página 432.

⁵ CD folio 2, acta y audio de la audiencia.

⁶ CD folio 2, acta y audio de la audiencia.



PORVENIR S.A. en resumen expuso, que siempre ha actuado de buena fe, el acto jurídico de traslado se efectuó cumpliendo los requisitos establecidos por la ley para ese momento como era el formulario de afiliación, documento suficiente para acreditar la asesoría completa y suficiente, garantizando la libertad de escogencia de régimen, además, la accionante nunca presentó queja, permaneció vinculada al RAIS, siendo el motivo de su demanda meramente económico. Ahora, atendiendo las restituciones mutuas es improcedente devolver los gastos de administración, dineros que se descontaron por obligación legal, el fondo ejerciendo una buena gestión generando rendimientos y rentabilidad a la actora, entonces, dichos gastos fueron consolidados, por ende, se deben compensar con los rendimientos, asimismo, se utilizaron para primas de seguros y fondo de garantía mínima, situaciones ya surtidas, costos que se encuentran extintos y no pertenecen a la entidad, además, si existiera un bono pensional se debería devolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

COLPENSIONES en suma arguyó, que hubo una indebida valoración probatoria, pues, la accionante suscribió voluntariamente el formulario de afiliación, además, para la calenda de traslado no existía el deber de doble asesoría, por ende, exigir pruebas adicionales al formato vulnera la confianza legítima, siendo éste documento el único requerido; adicionalmente, se afecta la sostenibilidad financiera, pues, COLPENSIONES debe asumir la prestación jubilatoria de Cabarique Solano vulnerando el debido proceso de la entidad, pues, la Administradora del RPM es un tercero en el acto jurídico y la actora ha permanecido por más de 20 años en el RAIS, por ello, la Administradora no se puede afectar por el negocio jurídico que celebraron accionante



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 019 2019 00236 01
Ord. Luz Marina Cabarique Solano Vs. Colpensiones y otra

y AFP; adicionalmente, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, pues, le faltan menos de 10 años para la edad de pensión. Subsidiariamente, se debe confirmar la orden de devolución de gastos de administración y aportes; asimismo, adicionar que la actualización de la historia laboral solo se podrá efectuar una vez reciba los dineros de la AFP; se deben revocar las costas en su contra.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Luz Marina Cabarique Solano estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 19 de julio de 1982 a 30 de noviembre de 1996, aportando 191.14 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 06 de noviembre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., efectivo a partir de 01 de enero de 1997; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES⁷, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁸, el formulario de vinculación a la AFP⁹, la certificación de afiliación¹⁰, la relación histórica de movimientos¹¹ y, la historia laboral consolidada¹², expedidas por PORVENIR S.A., así como la historia laboral válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹³.

⁷ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 32 a 33 y 416 a 419.

⁸ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 296 a 301.

⁹ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, página 366.

¹⁰ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, página 302.

¹¹ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 304 a 356.

¹² CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 34 a 43 y 338 a 356.

¹³ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 357 a 365.



Cabarique Solano nació el 24 de octubre de 1963, como dan cuenta su cédula de ciudadanía¹⁴ y, su registro civil de nacimiento¹⁵.

El 28 de enero de 2019, la demandante solicitó a las enjuiciadas su traslado al RPM¹⁶, pedimentos negados con oficio del siguiente día 29, por COLPENSIONES y con escrito sin fecha, por PORVENIR S.A., bajo el argumento que era improcedente la petición, pues, la actora se encontraba incurso en la prohibición legal de traslado al faltarle menos de 10 años para la edad de pensión¹⁷.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

Con arreglo al artículo 12 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de pensiones se compone de dos regímenes solidarios, excluyentes y coexistentes, como son (i) el solidario de prima media con prestación definida y, (ii) el de ahorro individual con solidaridad. A su vez, el artículo 13 *ibídem* en su literal b), establece que la selección de uno cualquiera

¹⁴ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, página 30.

¹⁵ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, página 54.

¹⁶ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 44 a 45 y 50 a 51.

¹⁷ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 46 a 49 y 52 a 53.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 019 2019 00236 01
Ord. Luz Marina Cabarique Solano Vs. Cospensiones y otra

de ellos “es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”.

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de la AFP enjuiciada¹⁸; (ii) simulación pensional aportada por la convocante¹⁹; (iii) comunicados de prensa²⁰ y; (iv) expediente administrativo²¹.

También se recibió el interrogatorio de parte de Luz Marina Cabarique Solano²².

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 06 de noviembre de 1996, se lee²³:

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

¹⁸ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 66 a 72.

¹⁹ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 55 a 65.

²⁰ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, páginas 368 a 372.

²¹ CD folio 2, carpetas CD folio 55 y CD folio 179, expediente administrativo.

²² CD folio 2, carpeta CD folio 183, min. 20:02, dijo que es psicóloga, empezó a cotizar con el Seguro Social, después a PORVENIR S.A.; se trasladó en el 1996 o principios de 1997, recuerda que fue a visitar a su esposo en el Senado y , llegó una persona de la AFP y le indicó que se cambiara de régimen, fue un tiempo corto, pero, no recuerda qué fue lo que le dijeron; no le explicaron las diferencias, no recuerda si le hablaron de los rendimientos; ella le preguntó si era lo mismo que el ISS y le indicaron que sí; varios compañeros le dijeron que se estaban pensionando con un mínimo, entonces, ella trató de cambiarse, pero, le indicaron que ya no podía porque le faltaban menos de diez años; interpuso la demanda, porque reaccionó tarde de lo que va a pasar con su pensión y, empezó a averiguar con abogados; conforme al perito se pensionaría con un mínimo en el RAIS y con dos o tres millones en COLPENSIONES, su inconformidad radica en que no le explicaron las diferencias y, el valor de su mesada; no fue a ninguna oficina de COLPENSIONES a averiguar; ha recibido los extractos, pero, no mes a mes; hubo una asesoría de PORVENIR para sus compañeros de trabajo después y solo preguntó qué pasaba con las cotizaciones del ISS y le dijeron que la AFP las reclamaba a través de un bono pensional.

²³ CD Folio 2, documento 01 expediente digital, página 366.



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

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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

²⁶ CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL - 9110 de 21 de octubre de 2020



acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁷, en este orden, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo la apelación de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor. Cabe señalar, que no se adiciona la sentencia respecto a quién se le debe remitir el bono pensional, pues, no se ha causado, en tanto, la accionante no ha cumplido la edad para redimirlo – 24 de octubre de 2023 -.

Por su parte, a la Administradora del RPM le corresponde recibir dichos valores y **actualizar la historia laboral de la demandante**, así como el estudio de la pensión de vejez, una vez reciba los dineros de la AFP, en consecuencia, en este tema se adicionará la decisión del *a quo*.

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

Tampoco hubo vulneración del debido proceso de COLPENSIONES, pues, mediante el presente trámite la entidad pudo ejercer sus derechos de contradicción y defensa.

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

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



EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En el *examine*, lo pretendido es la ineficacia del traslado al RAIS, situación que tiene directa relación con el derecho a la pensión, prerrogativa que la constitución, la ley y, la jurisprudencia han determinado con carácter irrenunciable e imprescriptible, pues, no solo procura el reconocimiento formal de las prestaciones económicas, sino, la satisfacción *in toto*, para que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables²⁹, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

Ahora, en cuanto a los gastos de administración también se declarará no probada la excepción de prescripción, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, además, hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y **por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”*³⁰.

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada en este aspecto.

²⁹CSJ, Sala Laboral, Sentencia 45050 de 15 de junio de 2016.

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 019 2019 00236 01
Ord. Luz Marina Cabarique Solano Vs. Colpensiones y otra

Finalmente, en cuanto a las costas impuestas a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., la Sala se remite a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP y a lo adoctrinado por la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³¹, en este orden, como la AFP fue parte vencida en el proceso, se confirmará la sentencia apelada y consultada.

Y, aunque a COLPENSIONES se le ordenó recibir los dineros remitidos por la AFP y, actualizar la historia laboral de la accionante, resolución generada por la declaración de ineficacia del traslado y afiliación al RAIS de la demandante, acto jurídico en que la Administradora del RPM no actuó, no se le puede considerar parte vencida en este proceso, en consecuencia, se le absolverá de las costas impuestas. No se causan en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia consultada y apelada, para **ORDENAR** a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento y, con cargo a sus propias utilidades, las primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima descontados a la demandante, con arreglo a lo expuesto en precedencia.

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 019 2019 00236 01
Ord. Luz Marina Carabique Solano Vs. Colpensiones y otra

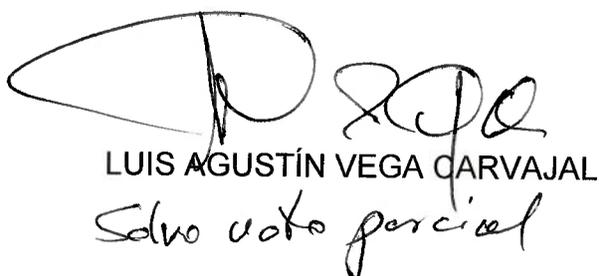
SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral cuarto del fallo de primer grado, para **ORDENAR** a COLPENSIONES que una vez reciba los dineros remitidos por la AFP actualice la historia laboral de la actora y, si ésta acredita el retiro del servicio proceda a estudiar la prestación de vejez.

TERCERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia consultada y apelada, para **ABSOLVER** a COLPENSIONES de la condena en costas.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LUZ AMANDA GÓMEZ ECHEVERRY CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 14 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

La actora demandó la nulidad de su traslado al RAIS a través de COLPATRIA, así como de los cambios horizontales a HORIZONTE Pensiones y Cesantías y a PORVENIR S.A. y; que se encuentra válidamente afiliada al RPM, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses de que trata el artículo 1746 del Código Civil, esto es, los rendimientos causados, asimismo, debe enviar el detalle de los aportes mensuales; la Administradora del RPM debe recibir los valores y aceptar su afiliación; costas; *ultra y extra petita*.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que estuvo afiliada al ISS de 1983 a 1994; se afilió a COLPATRIA el 31 de octubre de la última anualidad en cita; el 26 de diciembre de 1999 se cambió a PORVENIR S.A.; el 22 de junio de 2001 se pasó a HORIZONTE, fondo que se fusionó posteriormente con PORVENIR S.A.; los formularios que suscribió no contenían información sobre las obligaciones que contraía, ni las consecuencias y detalles del RAIS; las AFP y el ISS no le hicieron calculo actuarial, ni le dijeron las condiciones para acceder a la pensión en cada régimen o, las modalidades de pensión, los requisitos para la devolución de saldos, tampoco le indicaron que podía retornar al RPM y las condiciones para ello; por el contrario la asesora de COLPATRIA le dijo que podía volver cuando quisiera, que podía pensionarse a la edad que quisiera, además, su dinero iba a tener más rentabilidad, podía retirar sus aportes en cualquier momento y, que el ISS se iba a acabar, entonces, perdería sus cotizaciones; ha aportado 1500 semanas al sistema general de pensiones; solicitó a PORVENIR S.A.



la simulación pensional y al obtenerla descubrió que lo que le dijeron era mentira; petitionó a la AFP su retorno al RPM, pero, fue negado; reclamó a COLPENSIONES su afiliación al RPM, negada por encontrarse en la prohibición legal de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió la afiliación de la demandante al sistema de pensiones, las vinculaciones a PORVENIR S.A. y a HORIZONTE Pensiones y Cesantías, la fusión mencionada y, la reclamación administrativa con la respuesta aludida. En su defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, su buena fe y, genérica².

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROVENIR S.A. presentó oposición a los pedimentos; respecto de las situaciones fácticas admitió el traslado de régimen, la afiliación a PORVENIR S.A. y a HORIZONTE Pensiones y Cesantías, así como la fusión mencionada y, las solicitudes de proyección pensional y de retorno al RPM. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo

¹ CD Folio 2, documentos: demanda y subsanación demanda.

² CD Folio 2, documento: contestación Colpensiones.



no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, su buena fe y, prescripción de la acción de nulidad³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 27 de octubre de 1994 con efectividad a 01 de noviembre siguiente, por Luz Amanda Gómez Echeverry a través de COLPATRIA Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A., en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS siempre permaneció en el RPM; ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante por cotizaciones y rendimientos, para lo cual le concedió el término de 30 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta providencia; COLPENSIONES debe recibir los dineros provenientes de la AFP y actualizar la historia laboral; no impuso costas⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que se debe ordenar la devolución de gastos de administración, pues, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en aplicación del

³ CD folio 2, documento: contestación Porvenir.

⁴ CD folio 2, Audio y Acta de Audiencia.



artículo 1746 del Código Civil procede su devolución a cargo de la AFP, ya que, el acto jurídico no surtió efectos⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Luz Amanda Gómez Echeverry estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social - ISS de 06 de julio de 1983 a 30 de noviembre de 1994, aportando 390.57 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; el 27 de octubre de la última anualidad en cita, solicitó su traslado al RAIS administrado por COLPATRIA Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones, efectivo a partir de 01 de noviembre siguiente; el 26 de febrero de 1999, se cambió a PORVENIR S.A., con efectividad desde 01 de abril siguiente; el 22 de junio de 2001, se pasó a HORIZONTE Pensiones y Cesantías, efectivo a partir de 01 de agosto de ese año; el 01 de enero de 2014, se presentó fusión por absorción entre HORIZONTE y PORVENIR S.A. pasando la demandante a ésta Administradora desde ese día; situaciones fácticas que se infieren del reporte de semanas cotizadas emitido por COLPENSIONES⁶, los formularios de vinculación⁷, la certificación de afiliación⁸, la historia laboral consolidada⁹ y la relación histórica de movimientos¹⁰ expedidos por la AFP demandada, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹¹, así como la historia válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹².

⁵ CD folio 2, Audio y Acta de Audiencia.

⁶ CD folio 2, documento: demanda páginas 65 a 66.

⁷ CD folio 2, documento: demanda páginas 37, 38, 39 y, contestación Porvenir página 65.

⁸ CD folio 2, documento: contestación Porvenir, página 64.

⁹ CD folio 2, documento: demanda páginas 44 a 60 y, contestación Porvenir, páginas 35 a 49.

¹⁰ CD folio 2, documento: contestación Porvenir, páginas 50 a 63.

¹¹ CD folio 2, documento: contestación Porvenir, páginas 27 a 29.

¹² CD folio 2, documento: contestación Porvenir, páginas 30 a 49.



Gómez Echeverry nació el 28 de mayo de 1964, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹³.

El 11 de octubre de 2018, la demandante solicitó a las Administradoras enjuiciadas la anulación de su afiliación y la autorización de retorno al RPM¹⁴; pedimentos negados con oficio de igual calenda por COLPENSIONES, bajo el argumento que eran improcedentes, pues, la accionante había ejercido su derecho a la libre elección de régimen al momento del traslado, conforme a lo establecido en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, adicionalmente, se encontraba incurso en la prohibición legal de traslado al faltarle menos de 10 años para la edad de pensión¹⁵ y; con comunicaciones de 17 de octubre de 2018 y 26 de marzo de 2020, por PORVENIR S.A., arguyendo que la afiliación al RAIS fue voluntaria al ejercer el libre albedrío y suscribir el formulario de vinculación, además, los funcionarios de la AFP contaban con la capacitación y formación correspondiente para atender de manera oportuna y eficiente las inquietudes, de otra parte, los competentes para resolver la validez de la afiliación son los Jueces de la República¹⁶.

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

¹³ CD folio 2, documento: demanda, página 80.

¹⁴ CD folio 2, documento: demanda, páginas 67 a 73 y 74 a 78.

¹⁵ CD folio 2, documento: demanda, páginas 78 a 79.

¹⁶ CD folio 2, documento: contestación Porvenir, páginas 66 a 67 y 68 a 69.



INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificación de existencia y representación legal de la AFP enjuiciada¹⁷, (ii) comunicado de prensa de 09 de enero de 2004 en el periódico El Tiempo¹⁸; (iii) simulación pensional de 02 de junio de 2014 en que PORVENIR S.A. informó a Gómez Echeverry que en caso de dejar de cotizar su mesada pensional sería de \$1'466.400.00 a los 57 años de edad y, si continuaba aportando la mesada ascendería a \$1'68726.400.00 a los 57 años de edad¹⁹; (iv) proyección pensional de 28 de julio de 2016 en que la AFP le informó a la accionante que en caso de dejar de cotizar su mesada pensional sería de \$1'439.200.00 a los 57 años de edad y, si continuaba aportando la mesada ascendería a \$1'681.700.00 a los 57 años de edad²⁰ y; (v) expediente administrativo²¹.

¹⁷ CD folio 2, documento: demanda páginas 27 a 36.

¹⁸ CD folio 2, documento: contestación Porvenir, páginas 71 a 73.

¹⁹ CD folio 2, documento: demanda páginas 61 a 64.

²⁰ CD folio 2, documento: demanda páginas 40 a 43.

²¹ CD folio 2.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 029 2020 00249 01
Ord. Luz Amanda Gómez Echeverry Vs. Colpensiones y otra

También, se recibió el interrogatorio de parte de Luz Amanda Gómez Echeverry²² y, los testimonios de Elena Moreno Vargas²³ y, Daisy Patricia Vargas Vera (tachada por sospecha por PORVENIR S.A)²⁴.

Cabe precisar, que el testimonio de Daisy Patricia Vargas Vera se caracterizó por ser coherente y claro, sin que evidencie contradicción o parcialidad, entonces, ofrece a la Sala credibilidad, en tanto, expresó las circunstancias fácticas que conocía y le constaban respecto de los hechos objeto de litigio.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 31 de octubre de 1994, se lee²⁵:

²² CD Folio 2, Min. 08:53, dijo que es abogada especialista en derecho constitucional, penal y administrativo; suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, cuando se encontraba vinculada en el Consejo Superior de la Judicatura en octubre 1994, no fue informada de manera suficiente, pues, los asesores llegaban a dar charlas generales, en donde explicaban que los fondos habían sido creados para reemplazar el ISS, pues, éste se iba a acabar y era importante que se trasladara, ya que, el ISS no iba a responder por las cotizaciones, en tanto, el ISS iba a usar sus aportes para pagar las pensiones de quienes estaban pensionados y, luego no iba a responder por nada, mientras que en el fondo no iba a pasar eso, sino que los dineros iban a una cuenta individual y tenía rendimientos, incluso se podía aportar de más para jubilarse de manera anticipada o solicitar la devolución de los aportes, asimismo, que iba a tener una mejor pensión, después pasaron por cada escritorio y ellos diligenciaban el formulario y ella lo firmó; en 2014 fue al fondo para poder pensionarse anticipadamente y, allá le dijeron que no, que su mesada era muy bajita en comparación con lo que ganaba y solo hasta que cumpliera los 57 años de edad, mientras que el RPM el valor de su pensión sería como 05 veces lo que le indicó el fondo, causándole un perjuicio; trató de regresar al RPM, pero le dijeron que ya no podía, porque le faltaban menos de 10 años de edad; no averiguó si la información era verdad, confió en lo que le explicaron; los extractos le llegaron desde hace poco; no averiguó antes, sino cuando quedó desempleada en 2014, asimismo, confió en lo que le dijeron; si bien es abogada, desconoce el conocimiento del área laboral, siempre se ha desempeñado en la especialidad penal.

²³ CD Folio 2, Min. 52:19, depuso que es Secretaria, conoce a la actora hace 26 años y son amigas; fueron compañeras de trabajo en la Dirección Ejecutiva del Consejo Superior de la Judicatura, pues, la testigo ingresó en 1992 y la accionante en 1994; la deponente está afiliada a COLPENSIONES, nunca ha demandado a PORVENIR S.A.; estuvo presente en la reunión del fondo COLPATRIA, quien les dijo que era propicio pasar, porque iban a quedar en riesgo y desamparados, pues, el Seguro Social y Cajanal se iba a acabar, entonces, en los fondos había mayor seguridad y había mayor rentabilidad, además, sus aportes no iban a recibir ningún detrimento, adicionalmente, podían cotizar de más para tener una mejor pensión y se podían pensionar en cualquier tiempo; no les explicaron la posibilidad de regresar al RPM, ni las características de cada régimen; tampoco les dijeron si habían ventajas por quedarse en el ISS o Cajanal; la charla fue para 08 o más personas, varios compañeros se trasladaron; si mal no recuerda la accionante firmó ese día, no estuvo en el momento exacto de la firma.

²⁴ CD Folio 2, Min. 37:05, manifestó que es tecnóloga en sistemas, trabaja en la Rama Judicial desde 1994, conoció a la demandante en 1994, porque fueron compañeros de trabajo; los fondos privados llegaban en grupos y hacían una breve exposición de que el Seguro Social se iba a acabar y si cotizaban más plata se podían pensionar antes de la edad, luego, pasaban puesto con puesto y ellos diligenciaban el formulario y uno daba la copia de la cédula y lo firmaban; la deponente no se trasladó, porque no entregó los documentos, sino que se cambió en el 2001 y tiene demanda contra PORVENIR S.A.; la charla era para 11 personas y vio cuando Gómez Echeverry se trasladó, ya que, ella estaba al lado, les decían que había mejores rendimientos y mejor pensión, además, que el ISS iba a embolatar la plata, también les entregaban esferos y cosas así, no les dijeron nada si se llegaban a quedarse al ISS, tampoco les explicaron que podían regresar al RPM; vio cuando la convocante firmó el formulario y vio cuando ella sacó copia de la cédula de ciudadanía.

²⁵ CD Folio 2, documento demanda, página 37.



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

Los medios de convicción reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir que COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. haya suministrado información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que configuró omisión de su deber de información.

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

Es que, recaía en COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. la carga de demostrar que cumplió su deber de ofrecer a la afiliada información veraz y suficiente cuando definía su situación de permanencia o cambio de

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

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



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

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

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos pre impresos, tales como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1



del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero, también la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁸.

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

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien la accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Luz Amanda Gómez Echeverry, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen a la afiliada destinados a

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 029 2020 00249 01
Ord. Luz Amanda Gómez Echeverry Vs. Colpensiones y otra

financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM²⁹, en este orden, se adicionará el fallo de primer grado, atendiendo la apelación interpuesta por COLPENSIONES, así como la consulta a su favor.

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

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

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

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



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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 029 2020 00249 01
Ord. Luz Amanda Gómez Echeverry Vs. Cospensiones y otra

que los beneficios e intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables³¹, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

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

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión consultada en este aspecto.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la

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

³²CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 029 2020 00249 01
Ord. Luz Amanda Gómez Echeverry Vs. Colpensiones y otra

economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo³³.

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

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

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada, para **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** transferir a **COLPENSIONES** además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima descontados a la demandante, con arreglo a lo expuesto en precedencia.

³³ CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia con Radicado N° 52290 de 30 de julio de 2014, en la que cita la sentencia N° 46832 de 12 de agosto de 2012; así como las decisiones SL3871, SL4985, SL3537, SL4174 y SL3719 de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 029 2020 00249 01
Ord. Luz Amanda Gómez Echeverry Vs. Colpensiones y otra

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Solo parcialmente


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE JOSÉ EILER RUÍZ VARGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las Administradoras convocadas a juicio, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto de las condenas que no fueron objeto de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 27 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.



ANTECEDENTES

El actor demandó la ineficacia de su traslado al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., efectuado el 10 de octubre de 1994, por no recibir información veraz, completa y oportuna, en consecuencia, se ordene su afiliación al RPM como si nunca se hubiese cambiado de régimen; costas; ultra y extra *petita*¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 10 de octubre de 1994, se trasladó del RPM al RAIS, sin recibir información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen; nació el 20 de enero de 1963; la AFP demandada efectuó simulación pensional proyectando una mesada equivalente a un salario mínimo al cumplimiento de los 65 años de edad, en cambio, en el RPM sería de \$1'673.561.08, aplicando la tasa de reemplazo de 64.30% del IBL de los últimos 10 años; cuenta con 1300 semanas cotizadas de "27 de julio de 1981 hasta el 30 de mayo de 2025". El 25 de octubre de 2019, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, recibiendo respuesta negativa el siguiente día 28².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió las calendas de

¹ Carpeta 01, Demanda, Folio 7.

² Carpeta 01, Demanda, Folios 7 a 9.



nacimiento del actor y, de afiliación al RAIS, así como la proyección pensional entregada. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional y, genérica³.

La Administradora Colombiana de Pensiones -- COLPENSIONES rechazó los pedimentos, respecto de las situaciones fácticas aceptó las fechas de nacimiento del demandante y, de vinculación al RAIS, así como el agotamiento de reclamación administrativa con respuesta negativa. Presentó como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, su buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, genérica⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró no probadas las excepciones propuestas, así como la ineficacia del traslado al RAIS efectuado el 10

³ Archivo 02, Contestación.

⁴ Archivo 03, Contestación.



de octubre de 1994 por José Eiler Ruíz Vargas, a través de PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, ordenó a la AFP a remitir a COLPENSIONES los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo aportes con rendimientos y, gastos de administración; la Administradora del RPM debe recibir al accionante como afiliado al RPM e, impuso costas a PROTECCIÓN S.A.⁵.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las convocadas a juicio interpusieron sendos recursos de apelación⁶.

PROTECCIÓN S.A. en resumen expuso, que se encuentra en desacuerdo con el envío de los dineros correspondientes a cuotas de administración, ya que, sus descuentos son “*exequibles, legales y vigentes*”, permitidos en ambos regímenes de pensión, por ende, en caso que al actor hubiese continuado en el RPM, dichos descuentos también se habrían efectuado en iguales porcentajes, pues, tienen destinación específica, sin que afecten el valor de la mesada pensional, adicionalmente, tales dineros se soportan en los rendimientos generados por la cuenta de ahorro individual durante la vinculación al Fondo Privado, como se acredita con el certificado de aportes y rendimientos aportado; ahora, si la ineficacia declarada implica que el convocante nunca se afilió a esa AFP, la consecuencia lógica sería ordenar solo la devolución de los aportes y rendimientos causados, más

⁵ Archivos 09 y 10, Audio y Acta de Audiencia.

⁶ Archivo 10, Audio de Audiencia.



cuando la rentabilidad del RAIS es superior a la del RPM, en ese sentido, COLPENSIONES incurriría en enriquecimiento sin causa al recibir rendimientos fruto de la gestión administrativa de esa AFP, así como cuotas de administración, que constituyen la contraprestación por la generación de tales ganancias. Finalmente, se debe aplicar la prescripción sobre las cuotas de administración.

COLPENSIONES en suma arguyó, que en el expediente se acreditó la no vinculación del actor al ISS, en este sentido, no puede ser condenada a recibirlo como afiliado, pues, el Decreto 692 de 1994 establece cuáles son las entidades que administran el RPM, estando dentro de éstas las cajas de previsión, en donde sí estuvo vinculado el accionante, en ese orden, retrotraer las cosas al estado original, significaría que Ruíz Vargas debería regresar a la entidad en que se encontraba antes del cambio de régimen; de otra parte, los dineros que se ordenó a PROTECCIÓN S.A. retornar, deben ser indexados, sin efectuar algún tipo de descuento y, sin que ello implique aceptación de inexistencia de vulneración al principio de sostenibilidad financiera, que a su vez genera la descapitalización del sistema.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que José Eiler Ruíz Vargas prestó sus servicios a la Alcaldía Municipal de Ibagué, a Ibagué Policlínica LTDA. y, al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas - hoy Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias - de 27 de julio de 1981 a 04 de abril de 1994, período que



para efectos pensionales se encuentra a cargo de dichas entidades, pues, no se acreditó afiliación o vinculación a caja de previsión social, ciclo equivalente a 297.71 semanas; el 10 de octubre de la última anualidad en cita, el actor solicitó su traslado a PROTECCIÓN S.A., efectivo el 01 de noviembre siguiente; situaciones fácticas que se infieren del resumen de historia laboral⁷ y, el reporte de estado de cuenta⁸, expedidos por PROTECCIÓN S.A., la historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales⁹, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁰ y, el formulario de vinculación a la AFP enjuiciada¹¹.

Ruíz Vargas nació el 20 de enero de 1963, como da cuenta su cédula de ciudadanía¹².

Mediante escrito de 15 de diciembre de 2016, el Fondo Privado demandado comunicó al convocante, que en conjunto con “*entidades públicas y/o Colpensiones*”, se analizarían las inconsistencias de su historia laboral¹³. Asimismo, el 01 de noviembre de 2017, le informó que el periodo de 01 de enero de 1983 a 31 de diciembre de 1989, cotizado con el empleador Policlínica LTDA., fue registrado en el sistema de información¹⁴.

⁷ Carpeta 01, Demanda, Folios 29 a 33 y, Archivo 02, Folios 40 a 49.

⁸ Archivo 02, Folios 23 a 34.

⁹ Carpeta 01, Demanda, Folios 35 a 37 y, Archivo 02, Folios 35 a 36.

¹⁰ Archivo 02, Folios 37 a 38.

¹¹ Archivo 02, Folio 39.

¹² Carpeta 01, Demanda, Folio 19.

¹³ Carpeta 01, Demanda, Folio 50.

¹⁴ Carpeta 01, Demanda, Folios 51 a 52.



El 25 de octubre de 2019, el demandante solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su afiliación a PROTECCIÓN S.A., teniéndolo como afiliado al RPM como si nunca se hubiera trasladado¹⁵, pedimento negado con escrito del siguiente día 28, arguyendo que no registraba afiliación al citado régimen¹⁶.

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

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) conteo de semanas elaborado por Restrepo Fajardo Abogados y Asociados¹⁷, (ii) simulación pensional de fecha 04 de abril de 2019 elaborada por PROTECCIÓN S.A.¹⁸, (iii) concepto N° 2015123910

¹⁵ Carpeta 01, Demanda, Folio 23.

¹⁶ Carpeta 01, Demanda, Folios 27 a 28.

¹⁷ Carpeta 01, Demanda, Folio 43.

¹⁸ Carpeta 01, Demanda, Folios 45 a 49.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 032 2020 00050 01
Ord. José Ruíz Vs. Colpensiones y otra

- 002 de 29 de diciembre de 2015, emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia¹⁹, (iv) comunicados de prensa²⁰, (v) certificado de existencia y representación legal de la AFP convocada a juicio²¹, (vi) certificación de 07 de agosto de 2020, en que COLPENSIONES indicó que el demandante no se encontraba registrado en el RPM administrado por esa entidad²² y, (vii) expediente administrativo emitido por la Administradora del RPM²³.

También se recibieron los interrogatorios de parte de la Representante Legal de la AFP demandada²⁴ y, de José Eiler Ruíz Vargas²⁵.

Ahora, en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., suscrito por el accionante el 10 de octubre de 1994²⁶, se lee:

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

¹⁹ Archivo 02, Folios 53 a 54.

²⁰ Archivo 02, Folios 55 a 57.

²¹ Carpeta 01, Archivo CERTIFICADO EXISTENCIA Y REPRESENTACION PROTECCION S.A. y, Archivo 02, Folios 58 a 60.

²² Archivo 03, Folio 41.

²³ Carpeta 04.

²⁴ CD Folio 278, pista 2, min. 00:50, dijo que la información que le brindaron fue que el ISS se iba a acabar, fue una reunión como de 10 minutos, le indicaron que iba a obtener rendimientos financieros y que podía pensionarse anticipadamente, pero, no sabía en qué condiciones, le dijeron sobre los bonos pensionales, no le explicaron qué pasaría con los aportes en caso de que falleciera; leyó el formulario de PROTECCIÓN antes de firmarlo; recibía los extractos de vez en cuando, pero, no entiende, solo miraba si la cotización había sido realizada por su empleador; el asesor no permitió hacer preguntas; posteriormente, no le brindaron más asesoría; en 2019 empezó a averiguar sobre su pensión y en ese momento se llevó la decepción.

²⁵ CD Folio 278, pista 2, min. 00:50, dijo que le brindaron una información sobre que el ISS se iba a acabar, fue una reunión como de 10 minutos, le indicaron que iba a obtener rendimientos financieros y que podía pensionarse anticipadamente, pero, no sabía en qué condiciones, le dijeron sobre los bonos pensionales, no le explicaron qué pasaría sobre los aportes en caso de que falleciera; leyó el formulario de PROTECCIÓN antes de firmarlo; recibía los extractos de vez en cuando, pero, no entiende, solo miraba si la cotización había sido realizada por su empleador; el asesor no permitió hacer preguntas; posteriormente, no le brindaron más asesoría; en 2019, empezó a averiguar sobre su pensión y en ese momento se llevó la decepción.

²⁶ Archivo 02, Folio 39.



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

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

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

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

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



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

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

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



toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible²⁹.

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

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

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



han debido ingresar al RPM³⁰, en este sentido, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo que la decisión se estudia en consulta a favor de COLPENSIONES.

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

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

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

³⁰ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019.

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



consecuencias de la determinación que asume sobre su futuro pensional, asimismo, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, impuso a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de suerte que les permita escoger las mejores opciones del mercado, información que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal forma que el afiliado pueda saber con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, preceptos que no hacen distinción entre los usuarios o afiliados por razón de la profesión que hayan elegido, en este orden, la condición de Contador Público del accionante no eximía a PROTECCIÓN S.A., de la obligación de brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Finalmente, atendiendo que el actor prestó sus servicios a la Alcaldía Municipal de Ibagué, a Ibagué Policlínica LTDA. y, al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas - hoy Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias –, para efectos pensionales, las cotizaciones se encuentran a cargo de cada una de las entidades, pues, no obra medio probatorio que acredite afiliación o aportes a una caja, entidad de previsión o fondo, por ende, como Ruiz Vargas prestó sus servicios al sector público, le corresponde a COLPENSIONES como actual Administradora del RPM recibirlo dada la ineficacia de su vinculación al RAIS, en tanto, con arreglo al artículo 12 del Decreto 2013 de 2012³², ésta administradora asumió las obligaciones de cobrar las cuotas partes de las cajas de previsión social y, los períodos a cargo

³² Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones.



de las entidades públicas, situación que impone confirmar la decisión apelada y consultada en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

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



declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social³⁵.

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada en este aspecto.

INDEXACIÓN

La indexación es un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo³⁶.

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

En este orden, se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en la alzada.

³⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.

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



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 032 2020 00050 01
Ord. José Ruiz Vs. Colpensiones y otra

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

RESUELVE

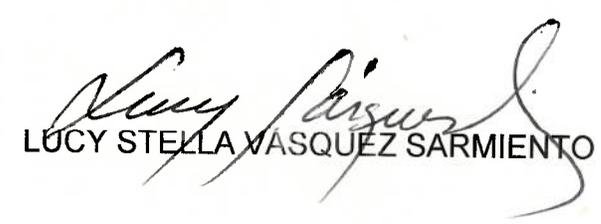
PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia consultada y apelada, para **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. transferir a COLPENSIONES además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento y, con cargo a sus propias utilidades, comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados al demandante, debidamente indexados, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE ANTONIO JOSÉ MORALES DÍAZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil veintidós (2022), surtido el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y, previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Sala Séptima de Decisión, emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por las Administradoras convocadas a juicio, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, respecto de las condenas que no fueron objeto



de reproche, revisa la Corporación el fallo de fecha 10 de diciembre de 2021, proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El actor demandó la nulidad de su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A. y, su posterior cambio a PROTECCIÓN S.A., así como el envío de aportes del RPM al RAIS, en consecuencia, se ordene su vinculación a COLPENSIONES y; costas¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que nació el 04 de julio de 1962; estuvo afiliado al ISS de 29 de agosto de 1989 a 02 de octubre de 1990; a PROTECCIÓN S.A. de noviembre de 2002 a junio de 2009 y; a PORVENIR S.A. “de septiembre de 1995 hasta la fecha”, sin embargo, los asesores de las referidas entidades no le brindaron información acerca de las características de cada régimen, los requisitos para acceder a una pensión, la proyección de mesada o, los mecanismos de protección a la vejez; el 27 de enero de 2020 solicitó a PROTECCIÓN S.A. la nulidad del traslado; el siguiente día 31, reclamó a COLPENSIONES la anulación del traslado de aportes a PROTECCIÓN S.A. y; el 06 de febrero de la anualidad en cita, peticionó a PORVENIR S.A. el traslado de aportes a la Administradora del RPM².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Carpeta 1, Archivo DEMANDA_16_4_2021 10_01_17, Folio 4.

² Carpeta 1, Archivo DEMANDA_16_4_2021 10_01_17, Folios 2 a 4.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó la calenda de nacimiento del actor. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, su buena fe³.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. presentó oposición a los pedimentos, respecto de las situaciones fácticas admitió la fecha de nacimiento del demandante, los extremos inicial y final de cotizaciones a esa AFP, así como la petición de nulidad del traslado de aportes. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, su buena fe, prescripción, traslado de aportes a PORVENIR S.A., movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional y, genérica⁴.

La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES rechazó las pretensiones, frente a los hechos aceptó la *data* de nacimiento del accionante, los extremos inicial y final de cotizaciones al ISS, así como la reclamación de anulación del traslado de aportes a PROTECCIÓN S.A. Presentó como excepciones las de inoponibilidad de responsabilidad de la AFP, responsabilidad *sui generis* de las

³ Carpeta 4, Archivo CONTESTACIÓN DEMANDA J 23 2021-0221.

⁴ Carpeta 5, Archivo CONTESTACIÓN ANTONIO JOSE MORALES DIAZ.



entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, su buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, genérica⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación o traslado al RAIS efectuado por Antonio José Morales Díaz a través de PORVENIR S.A. y, su posterior cambio a PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, ordenó a ésta última AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido generados por la afiliación del demandante, de 01 de noviembre de 2002 a 01 de julio de 2009, con rendimientos causados y pagados, sin posibilidad de descuento alguno por gastos de administración o cualquier otro concepto, dineros que se deberán devolver de forma indexada, desde la fecha de causación y hasta la de su pago, autorizó como único descuento los dineros transferidos a PORVENIR S.A. con ocasión al traslado de fondo solicitado por el actor el 01 de julio de 2009; a PORVENIR S.A. devolver a la Administradora del RPM todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación del actor, con rendimientos causados y pagados, sin posibilidad de efectuar descuento alguno por gastos de administración o cualquier otro concepto, dineros que debe devolver de forma indexada, desde la fecha de causación a la de pago; declaró que el accionante se encuentra

⁵ Carpeta 10, Archivo CONTESTACION ANTONIO JOSE MORALES DIAZ.



afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES; no probadas las excepciones propuestas e, impuso costas a PORVENIR S.A.⁶.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión anterior, las Administradoras convocadas a juicio interpusieron sendos recursos de apelación⁷.

PROTECCIÓN S.A. en resumen expuso, que la comisión de administración y, la prima de seguro previsional son descuentos establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que autoriza a las AFP a deducir el 3% de los aportes de los afiliados, más aún cuando en el caso del demandante sus cotizaciones obtuvieron una ganancia, que evidencia la debida administración, por ende, la devolución de estos dineros constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, ya que, tales rubros no financian la pensión del actor, además de los aportes se trasladarán sus rendimientos, fruto de la buena gestión de su administración, por eso, tiene derecho a conservar los gastos de administración como restitución mutua a su favor; adicionalmente, la prima de seguro previsional fue girada para cubrir los riesgos de sobrevivencia o invalidez, que imposibilita solicitar su devolución a la aseguradora. Por último, sobre los dineros que se ordenan devolver es aplicable la prescripción, en los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

⁶ Carpeta 16, Audio de Audiencia.

⁷ Carpeta 16, Audio de Audiencia.



PORVENIR S.A. en suma arguyó, que el *a quo* no valoró debidamente las normas existentes al momento de cambio de régimen, ya que, para 1995 el actor ejerció libremente el derecho a elegir el régimen pensional con la firma del formulario de vinculación a la AFP HORIZONTE, sin demostrar coacción, siendo válido ese documento, ahora, el demandante permaneció vinculado por más de 25 años al RAIS aportando con diferentes empleadores, adicionalmente, no se podía impedir su afiliación, siendo evidente la falta de diligencia y cuidado del actor respecto de su derecho pensional, al omitir solicitar asesorías en algunos de los dos regímenes; a su vez, ratificó su deseo de permanencia en el RAIS con los múltiples traslados efectuados, regresando a la AFP HORIZONTE. De otra parte, es contradictoria la decisión del *a quo*, pues, al volver todo a su estado original no habría devolución de rendimientos de aportes pensionales, tampoco gastos de administración.

COLPENSIONES en síntesis alegó, que el interrogatorio de parte del convocante permite establecer que no existió error de hecho sino de derecho subsanado con el paso del tiempo, no solo con la voluntad contenida en los formularios de afiliación, también con la permanencia en el RAIS por un periodo prolongado; a su vez, la normatividad vigente para la época del cambio de régimen no exigía elaboración de proyecciones pensionales. El actor se encuentra dentro de la prohibición legal para retornar al RPM, debido a que está a menos de diez años de la edad mínima para acceder a la pensión; tampoco se pueden retrotraer los efectos de un negocio jurídico en que el demandante no se interesó, omitió sus deberes y obligaciones como consumidor. Si bien se ordenó la devolución de aportes con rendimientos y gastos de administración, ello afectaría la sostenibilidad



financiera del sistema, al obligarla a reconocer el derecho pensional de una persona que no cotizó al régimen que administra.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que de 29 de agosto de 1989 a 02 de octubre de 1990, Antonio José Morales Díaz aportó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través del Municipio de Medellín; el 22 de agosto de 1995 solicitó su traslado a la AFP HORIZONTE - hoy PORVENIR S.A. -, efectivo a partir de igual calenda; el 23 de julio de 1997 se cambió a PORVENIR S.A. con efectividad desde 01 de septiembre siguiente; el 29 de octubre de 1999, regresó a la AFP HORIZONTE - hoy PORVENIR S.A. -; el 29 de septiembre de 2000, retornó a PORVENIR S.A.; el 11 de septiembre de 2002, se fue a PROTECCIÓN S.A., efectivo a partir de 01 de noviembre siguiente; el 04 de mayo de 2009, regresó a la AFP HORIZONTE - hoy PORVENIR S.A. - y; el 01 de enero de 2014, se pasó a PORVENIR S.A.; situaciones fácticas que se infieren de la historia laboral consolidada⁸, la certificación de afiliación⁹, la relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual¹⁰ y, el extracto de julio de 2009¹¹, expedidos por PORVENIR S.A., los formularios de vinculación a las AFP¹², la historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales¹³, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS¹⁴, el reporte de estado de cuenta emanado de

⁸ Carpeta 1, Archivo DEMANDA_16_4_2021 10_01_17, Folios 12 a 18 y, Carpeta 4, Folios 45 a 51 y, 121 a 127.

⁹ Carpeta 4, Folios 92.

¹⁰ Carpeta 4, Folios 52 a 59 y, 93 a 120.

¹¹ Carpeta 4, Folios 89 a 91.

¹² Carpeta 4, Folios 39 a 43, 64 a 66 y, 75 a 80; Carpeta 5, Archivo CONTESTACIÓN ANTONIO JOSE MORALES DIAZ, Folio 34.

¹³ Carpeta 4, Folios 82 a 84 y, 137 a 139.

¹⁴ Carpeta 4, Folios 85 a 87 y, 134 a 136; Carpeta 5, Archivo CONTESTACIÓN ANTONIO JOSE MORALES DIAZ, Folios 35 a 36.



PROTECCIÓN S.A.¹⁵, así como del reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por COLPENSIONES¹⁶.

Morales Díaz nació el 04 de julio de 1962, como da cuenta su cedula de ciudadanía¹⁷.

Los días 27 de enero¹⁸ y 06 de febrero de 2020¹⁹, el demandante solicitó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., respectivamente, el traslado de sus aportes a COLPENSIONES, copia del formulario de afiliación y, elaborar la simulación pensional. El 31 de enero de esa anualidad, reclamó administrativamente a la Administradora del RPM aceptara su vinculación a esa entidad, los formularios de vinculación y desafiliación y, elaboración de la proyección pensional²⁰.

El 17 de marzo de 2020, PORVENIR S.A. negó el pedimento del actor, bajo el argumento que no era viable, pues, se encontraba dentro de la prohibición legal de traslado entre regímenes, por encontrarse a menos de 10 años de edad para acceder a la pensión de vejez²¹.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de

¹⁵ Carpeta 5, Archivo CONTESTACIÓN ANTONIO JOSE MORALES DIAZ, Folios 38 a 45.

¹⁶ Carpeta 10, Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2061-20210820104042.

¹⁷ Carpeta 1, Archivo DEMANDA_16_4_2021 10_01_17, Folio 19.

¹⁸ Carpeta 1, Archivo DEMANDA_16_4_2021 10_01_28, Folios 29 a 30.

¹⁹ Carpeta 1, Archivo DEMANDA_16_4_2021 10_01_28, Folios 27 a 28.

²⁰ Carpeta 1, Archivo DEMANDA_16_4_2021 10_01_28, Folios 25 a 26.

²¹ Carpeta 4, Folios 60 a 63.



consulta, lo expuesto en las impugnaciones reseñadas y, en las alegaciones recibidas.

INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

Además de los documentos referidos, se allegaron al instructivo los siguientes: (i) certificados de existencia y representación legal de las AFP enjuiciadas²², (ii) guía de autoservicios para clientes de PORVENIR S.A.²³, (iii) comunicados de prensa²⁴, (iv) “*Políticas Asesorar para vincular personas naturales*”²⁵, (v) concepto N° 2015123910 - 002 de 29 de diciembre de 2015, emanado de la Superintendencia Financiera de Colombia²⁶ y, (vi) expediente administrativo del actor, aportado por

²² Carpeta 1, Archivos DEMANDA_16_4_2021 10_01_17, Folios 20 a 58 y, DEMANDA_16_4_2021 10_01_28, Folios 1 a 24; Carpeta 05, Folios 31 a 33.

²³ Carpeta 4, Folios 128 a 133.

²⁴ Carpeta 4, Folios 147 a 149 y, Carpeta 5, Folios 53 a 55.

²⁵ Carpeta 5, Folios 46 a 50.

²⁶ Carpeta 5, Folios 51 a 52.



COLPENSIONES²⁷. También, se recibió el interrogatorio de parte de Antonio José Morales Díaz²⁸.

Ahora, en el formulario de afiliación suscrito por el demandante el 22 de agosto de 1995²⁹, se lee:

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

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

Ahora, en lo atinente a la **nulidad por omisión del deber de información**, la doctrina ha advertido que dentro de las obligaciones especiales que corresponden a las entidades cuya esencia es la gestión

²⁷ Carpeta 10.

²⁸ Carpeta 16, Min. 00:08:00. Antonio José Morales Díaz, Médico Cirujano. Dijo que inició su vida laboral al comenzar año rural en 1989 - 1990, cotizando al Seguro Social, luego en 1995, a través de una Cooperativa fue afiliado a la AFP HORIZONTE sin recibir información, después en 2002 lo cambiaron a PROTECCIÓN, sin asesoría, retornó a la AFP HORIZONTE, esas afiliaciones fueron firmadas por el área de nómina, es decir, sin asesoría alguna; en 2018, se enteró que la empresa no le había cotizado a pensión por 18 meses, al averiguar en PORVENIR S.A., le dijeron que tenía derecho a una mesada equivalente a un salario mínimo, a pesar que nunca ha cotizado sobre un salario mínimo, entonces, inició el proceso de traslado de régimen; nunca recibió asesoría de HORIZONTE o PORVENIR, siempre la afiliación fue un arreglo entre el empleador y las AFP, los formularios los firmó para conservar el trabajo. No recibía extractos; más que presión para firmar los formularios de afiliación, recibía la orden directamente de nómina de la empresa, en caso de no firmar, no podía continuar en la empresa; nunca se acercó a PROTECCIÓN a pedir información. Al momento del cambio de régimen, desconocía las características de los regímenes, su deseo de retornar al RPM es porque no considera equitativo recibir una mesada de un salario mínimo.

²⁹ Carpeta 03, Contestación, Folio 35.



fiduciaria como las administradoras de pensiones, se destacan la buena fe, la transparencia, la vigilancia, así como el deber de información, deber definido por la Sala de Casación Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria³⁰; resaltando además, que “...el engaño, no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida** se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor a la entidad demandada...”³¹.

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

³⁰ CSJ, Sentencia 33083 de 22 de noviembre de 2011 y, reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.

³¹ CSJ, Sentencias 31989 y 31314 de 09 de septiembre de 2008, así como reciente pronunciamiento sentencia 68852 de 03 de abril de 2019.



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

En punto al tema de la ineficacia del traslado, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones contenidas en los formatos preimpresos, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de esta clase, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; tampoco se acredita con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS, sino que en los términos del artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, además, la obligación de hacer pública toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible³².

A su vez, en Sentencia SL1688 - 2019, la Corporación en cita adoctrinó que en los términos de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por este motivo, resulta equivocado el análisis del asunto bajo el prisma de

³² CSJ, sentencias STL – 8703 de 14 de octubre de 2020, STL – 8992 y STL – 9110 de 21 de octubre de 2020.



las nulidades sustanciales, particularmente, la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, previó de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, tampoco se puede exigir que al aplicar el artículo 271 *ibídem*, sea necesario demostrar que el acto atentó contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen pensional.

De lo expuesto se sigue, la pretendida declaratoria de ineficacia de la afiliación y, si bien el accionante se cambió a otra administradora con posterioridad, esta situación no subsana la nulidad de la vinculación inicial, por ende, de la siguiente, en este orden, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual de Antonio José Morales Díaz, en los términos señalados por el *a quo*, con los rendimientos causados, pues, pertenecen al afiliado, destinados a financiar su eventual prestación de vejez, **también** debe devolver las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ya que, no procedía su descuento, en tanto, la ineficacia del traslado lleva implícita la devolución de estos dineros con cargo a las utilidades del fondo, recursos que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM³³, en este orden, se adicionará el fallo de primer grado atendiendo que la decisión se estudia en consulta a favor de COLPENSIONES.

Y si bien, PROTECCIÓN S.A. en su oportunidad remitió la totalidad de aportes y rendimientos de la cuenta individual del actor, a la nueva AFP para la que solicitó su cambio, esta situación no la exime de devolver,

³³ CSJ, Sala Laboral, sentencia 58852 de 09 de octubre de 2019 y 78667 de 29 de julio de 2020.



con cargo a sus propios recursos, los valores cobrados por comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, pues, atendiendo la ineficacia de la afiliación, no procedía el descuento de suma alguna. En este tema también se adicionará la decisión del *a quo*, atendiendo que su decisión se analiza además en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

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

En adición a lo anterior, cabe mencionar, que la ineficacia de traslado del accionante no afecta la sostenibilidad financiera del RPM, atendiendo la devolución de todos los aportes con sus rendimientos y, sin descuento por gastos de administración; de otra parte, la prohibición de traslado de régimen cuando faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión³⁴, no aplica en el asunto que ocupa la atención de la Sala, en que se deja sin efecto el cambio de régimen pensional cuando la AFP omite su deber de información presentándose un consentimiento no informado por el afiliado en su vinculación al RAIS, por ello, se confirmará la decisión consultada y apelada también en este aspecto.

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

³⁴ Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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



y practicables³⁵, por ello, el titular del derecho está habilitado a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a la satisfacción de la pensión, como ocurre en el asunto, en que la convocante pretende la ineficacia del traslado de régimen por vulneración de precisos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales, **para efectos del posterior reconocimiento de la prestación jubilatoria.**

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

Siendo ello así, no operó el medio exceptivo propuesto, por ello, se confirmará la decisión apelada y consultada en este aspecto. Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

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

³⁶ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL3199 de 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 023 2021 00221 01
Ord. Antonio Morales V's. COLPENSIONES y otros

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia consultada y apelada, para **ORDENAR** a PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES además de lo dispuesto por el juzgador de conocimiento y, con cargo a sus propias utilidades, comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados al demandante debidamente indexados y; a PROTECCIÓN S.A. devolver, con cargo a sus propias utilidades, comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, descontados al actor, en forma indexada, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Salvo voto parcial


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE LEVANTAMIENTO DE FUERO, PERMISO PARA DESPEDIR – DE VIDRIERÍA FENICIA S.A.S. CONTRA TOMÁS VELANDIA BLANCO. VINCULADO SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL VIDRIO Y AFINES DE COLOMBIA - SINTRAVIDRICOL.

Bogotá D.C., ocho (08) de julio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal de conformidad con los términos acordados en Sala de Decisión, contenidos en la presente acta, resuelve de plano y emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el convocado a juicio, coadyuvada por la organización sindical vinculada, revisa la



Corporación el fallo de fecha 08 de abril de 2022, proferido por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

Vidriería Fenicia S.A.S. demandó para que se declare la existencia de un contrato de trabajo con Tomás Velandia Blanco, vigente desde 02 de julio de 1992, trabajador que cuenta con fuero sindical como miembro de la Junta Directiva de SINTRAVIDRICOL y, que existe justa causa para despedirlo, con arreglo a los artículos 7º literal a) numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10º, 11º y 13º del Decreto 2351 de 1965, 56 y 58 numerales 1º, 4º y 5º del CST y, 78 literales a), b), e), d), e), f), g) y h) y, 83 numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10º y 13º del Reglamento Interno de Trabajo, en consecuencia, se levante el fuero sindical del enjuiciado, se conceda autorización para despedirlo y, costas¹.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que entre esa sociedad y Tomás Velandia Blanco existe un contrato de trabajo, vigente desde 02 de julio de 1992, en que éste ocupa el cargo de Inspector de Calidad, trabajador afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Industria del Vidrio y Afines de Colombia - SINTRAVIDRICOL, siendo segundo suplente de la Junta Directiva. Dentro de las funciones del trabajador se encuentran el control de especificaciones de producción, mediante inspección de variables y atributos, según los procedimientos establecidos para el control de calidad, efectuar pruebas dimensionales

¹ Folios 2 a 3.



y físicas a las muestras, discriminando la cantidad de defectos y, mantener la comunicación con los supervisores de las áreas de producción; el 16 de febrero de 2019, el enjuiciado fue asignado al turno de 14:00 a 22:00 horas, como Inspector de Calidad en la línea A2, a las 15:50 horas de ese día, debió asistir a reunión con la Coordinadora, el Supervisor de Zona Fría y, el Operador de Máquina A2, quienes le solicitaron información sobre rechazos de producción, ya que, lo dicho no concordaba con los registros del Sistema de Información de Producción - SIP, sin embargo, no brindó explicación al respecto, respondiendo en tono inapropiado e irrespetuoso, pese a estar obligado a registrar de forma verídica los defectos de la producción en el tablero ubicado en la punta del archa de cada línea, para que se puedan tomar las decisiones necesarias y mejorar los resultados de la operación; en la última fecha en cita, se requirió a Velandia Blanco para que cumpliera el registro de la información en el tablero, pero, respondió de forma grosera y desobedeció la orden, tampoco actualizó el SIP y, omitió diligenciar la planilla de chequeo de especificaciones, situación que afectó el desarrollo normal de la operación; el demandado incurrió en actos inmorales y de grave indisciplina contra sus superiores y compañeros de trabajo, perturbando la armonía al interior de la compañía. El 21 de febrero de 2019, el convocado a juicio fue citado a diligencia de descargos para el siguiente día 25, citación enviada a los correos rocknacional81@hotmail.com - al que se remiten los comprobantes de nómina semanalmente - y, sintravidricol.soacha@hotmail.com, asimismo, el documento se allegó a la dirección "CLL 44 G SUR # 72 - 76 NUEVO DELICIAS" y, a los directivos de SINTRAVIDRICOL, empero, se negaron a recibirla; Velandia Blanco no se presentó a la diligencia de descargos, por ende, no expuso alguna explicación frente a su grave conducta; a través de comunicación de 27



de febrero de 2019, se notificó al enjuiciado la decisión de terminar su contrato de trabajo por justa causa “según lo establecido en los numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 9°, 10°, 11 ° y 13° del artículo 7°, aparte A, del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con las obligaciones especiales del trabajador consagradas en los ordinales 1 °, 4° y 5° del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo y la obligación general de obediencia prevista en el artículo 56 del mismo código, y los artículos 78 letras a), b), e), d), e), f), g) y h); 83 numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 9°, 10° y 13° y demás normas concordantes”, exonerándolo de prestar el servicio desde dicha *data*².

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Tomás Velandia Blanco se opuso a la prosperidad de las pretensiones, salvo las declaraciones referentes a la existencia del contrato de trabajo, su vinculación a SINTRAVIDRICOL y, contar con fuero sindical; en cuanto a los hechos aceptó el nexo laboral, el extremo temporal inicial, los cargos ocupados en la empresa y en la organización sindical, la inasistencia a la diligencia de descargos de 25 de febrero de 2019 y, la recepción de la carta de terminación del contrato. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de causal de despido e, incumplimiento del procedimiento convencional³.

El Sindicato de Trabajadores de la Industria del Vidrio y Afines de Colombia - SINTRAVIDRICOL rechazó los pedimentos relativos a la

² Folios 3 a 6.

³ Audiencia de 19 de agosto de 2020.



declaratoria de existencia de justa causa para despedir, el levantamiento del fuero sindical, la autorización de despido y, las costas, no se opuso a los restantes; frente a la fundamentación fáctica admitió la existencia del contrato de trabajo aludido, su fecha de inicio, la calidad de miembro del sindicato del accionado, el cargo ocupado en la empresa y, la notificación de terminación del vínculo contractual laboral. Presentó las excepciones de prescripción, inexistencia de la causal de despido e, incumplimiento del procedimiento convencional⁴.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento declaró no probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de causal de despido e incumplimiento al procedimiento convencional, en consecuencia, autorizó el levantamiento del fuero sindical del que goza Tomás Velandia Blanco como suplente de la Junta Directiva de SINTRAVIDRICOL, concedió a la Vidriería Fenicia S.A.S. permiso para despedir al trabajador demandado a partir de la ejecutoria de la sentencia e, impuso costas al enjuiciado⁵.

RECURSO DE APELACIÓN

⁴ Audiencia de 19 de agosto de 2020.

⁵ Folios 283 a 284, acta y audio de audiencia de 08 de abril de 2022.



Inconforme con la decisión anterior, Tomás Velandia Blanco interpuso recurso de apelación - coadyuvado por SINTRAVIDRICOL - en el que en resumen expuso, que el a quo se equivocó al considerar que en la empresa solo existía una forma de registrar los defectos detectados en la producción, ya que, se acreditó que había varias herramientas, siendo la denominada "SIP" la oficial, que efectivamente usó en debida forma cumpliendo las obligaciones y funciones contractuales; asimismo, reportó los defectos esporádicos de manera verbal, que constituye una herramienta legítima según demostró con la prueba testimonial; adicionalmente, el juzgador de primer grado no consideró ni valoró la confesión de la sociedad demandante en el párrafo primero de la carta de terminación del contrato, pues, allí indicó que la máquina entregada en turno tenía una eficiencia inferior a 100%, es decir, que fue el funcionamiento de la máquina lo que afectó el desarrollo de la operación; la convocante tampoco probó, siendo su carga, que la actualización en el tablero fuera una obligación, más cuando se demostró que era un elemento de ayuda, al existir otras herramientas de mayor idoneidad. En adición a lo anterior, no se acreditó la justa causa para terminar el contrato de trabajo ni la observancia del debido proceso, ya que, si bien se adujo la citación a diligencia de descargos, no se entregó y, a pesar de ello, la diligencia se adelantó, vulnerando el derecho de defensa y contradicción, sin efectuar la notificación en el sitio de trabajo dentro del horario laboral. Finalmente, el juzgador nada dijo frente a la responsabilidad objetiva que en materia disciplinaria se encuentra proscrita⁶.

⁶ Audiencia de 08 de abril de 2022.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó acreditado dentro del proceso, que desde 02 de julio de 1992 Tomás Velandia Blanco labora para Vidriería Fenicia S.A.S., mediante contrato de trabajo de duración indefinida, siendo su último cargo Inspector de Calidad; situaciones fácticas que se coligen del referido contrato de trabajo⁷, la comunicación de terminación del vínculo contractual laboral⁸ y, lo aceptado al contestar la demanda⁹.

El 20 de julio de 2017, la organización sindical SINTRAVIDRICOL comunicó a la sociedad demandante el depósito de la modificación parcial de la Junta Directiva, adjuntando la respectiva constancia, en que se registró a Tomás Velandia Blanco como segundo suplente, por ende, se encuentra protegido por la garantía foral, en los términos del artículo 406 literal c) del CST¹⁰, situación que además no fue objeto de debate.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada.

⁷ Folios 39 a 40.

⁸ Folios 86 a 89.

⁹ Hecho 1º, 2º, 3º, 4º, 29, 30 y 31, audiencia de 19 de agosto de 2020.

¹⁰ Folios 129 a 131.



PERMISO PARA DESPEDIR

Con arreglo al artículo 410 del CST “Son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero: a) La liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato”.

A su vez, el artículo 62 literal a) numerales 2 y 4 del CST - modificado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 - dispone como justas causas de terminación del contrato de trabajo por el empleador “...2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo... 4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas...”.

Cumple precisar, que el artículo 78 literales a), b), c) y d) del Reglamento Interno de Trabajo de la sociedad demandante establece como deberes generales de los trabajadores “...Respeto y subordinación a sus superiores... Respeto a sus compañeros de trabajo... Procurar completa armonía e inteligencia con sus superiores y compañeros de trabajo en las relaciones personales y en la ejecución de las las (sic) labores... Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la Empresa...”, asimismo, el artículo 86 literal b) numerales 2 y 3 *ejusdem*, precisa como faltas graves “...Ejecutar acto de falsedad o engaño que produzca o pueda producir perjuicio a la Empresa o terceros... Amenazar, agredir de palabra u obra en



cualquier forma a sus superiores o compañeros de trabajo...” y, el artículo 87 literal a) numerales 2 y 4 *ibí.*, dispone que es justa causa para terminar unilateralmente el contrato de trabajo por la empresa “...*Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo de la Compañía y a los compañeros de trabajo... Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas*”¹¹, normas aludidas por el empleador en el escrito de 27 de febrero de 2019 dirigido al trabajador, comunicándole su intención de finalizar el vínculo contractual laboral¹².

En efecto, a través de escrito de 27 de febrero de 2019 la Vidriería Fenicia S.A.S., informó a Velandia Blanco su determinación de concluir el contrato de trabajo con justa causa, – con apoyo en los artículos 56, 58 numerales 1º, 4º y 5º y, 62 literal a) numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10º, 11º y 13º del CST; 78 literales a), b), e), d), e), f), g) y h) y, 83 numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10º y 13º del Reglamento Interno de Trabajo – previa autorización judicial ejecutoriada, expresando como motivos de despido que el 16 de febrero de esa anualidad, incumplió las instrucciones dadas por sus superiores, las funciones asignadas como Inspector de Calidad, presentando comportamientos irrespetuosos y de burla hacía sus compañeros y superiores, reportando información errada y, haciendo mal uso de los sistemas de información y registro de la compañía¹³.

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

¹¹ Folios 91 a 128.

¹² Folios 86 a 89.

¹³ Folios 86 a 89.



Vidriería Fenicia S.A.S.¹⁴; (ii) formatos de actualización de datos de 2016 a 2019¹⁵; (iii) correo con asunto “*Reporte trabajador Tomas Velandia*”, enviado por Jenny Catalina Gracia Cañón a Diana Cardozo Gualy, Adriana Camargo, Jairo De La Rotta, Carlos Lozada y Diego Rubio¹⁶; (iv) comunicación de 20 de febrero de 2019 dirigida por Javier Sanabria al Área de Recursos Humanos con asunto “*Informe Situación en reunión de línea máquina A - 2*”¹⁷; (v) notificación y citación del enjuiciado a diligencia de descargos, remitidas a las direcciones electrónicas rocknacional81@hotmail.com y sintravidricol.soacha@hotmail.com - entregadas -, así como a la dirección física Calle 44 G Sur # 72 - 76 “*Nuevo Delicias*” - rechazadas -¹⁸; (vi) actas de constancia de 21 de febrero de 2019, suscritas por Diana Cardozo e Ibon Rodríguez, en calidad de Coordinadora Senior de Recursos Humanos y Coordinadora de Calidad de la empresa actora, respectivamente, indicando que sostuvieron comunicación con Enrique Moreno y Miguel Gómez, directivos sindicales de SINTRAVIDRICOL Seccional Soacha, para entregar notificación y citación a descargos de Velandia Blanco, sin embargo, se negaron a firmarlas¹⁹; (vii) acta de descargos de 25 de febrero de 2019 en que se consignó que el convocado a juicio se negó a recibir notificación y, citación a la diligencia, sin que se presentara a rendir descargos, remitida por correo a la organización sindical en igual *data* y, al trabajador al día siguiente²⁰; (viii) descripción de funciones del cargo de Inspector de Calidad y/o Especificaciones²¹; (ix) reglamento interno de trabajo²²; (x) certificaciones de depósito y, de conformación

¹⁴ Folios 27 a 38 y 156 a 167.

¹⁵ Folios 41 a 44.

¹⁶ Folios 45 a 50.

¹⁷ Folio 51.

¹⁸ Folios 52 a 72.

¹⁹ Folios 73 a 75.

²⁰ Folios 76 a 78 y 85.

²¹ Folio 90.

²² Folios 91 a 128.



de la Junta Directiva de SINTRAVIDRICOL, expedidas los días 10 de septiembre de 2019 y 02 de septiembre de 2021, respectivamente, por la Coordinación del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo²³; (xi) certificación de 24 de agosto de 2021 emitida por la Coordinación de Seguridad de la compañía accionante, en que se mencionó “...Que para el día 16 de febrero de 2019 se contaba con la cámara de seguridad en la salida del archa de la línea A2 pero toda la filmación del mencionado día no se tiene, ya que por la capacidad instalada lo registrado en la memoria fue eliminado para regrabar días posteriores...”²⁴ y; (xii) presentación en *power point* de convención colectiva de trabajo²⁵.

Se recibieron los interrogatorios de parte de Tomás Velandia Blanco²⁶ y, del Representante Legal de Vidriería Fenicia S.A.S.²⁷, así como los

²³ Folios 181 y 239 a 240.

²⁴ Folio 232.

²⁵ Folios 244 a 265.

²⁶ Audio 19-08-2021, Min. 00:23:20. Tomás Velandia Blanco, Inspector de Calidad. Dijo que dentro de sus obligaciones ésta controlar las especificaciones de producción, mediante la inspección de variables y atributos conforme al procedimiento diseñado por la empresa, efectuar pruebas dimensionales y físicas a las muestras, discriminando la cantidad de los defectos, mantener actualizado el estado de producción en el sistema de información de producción - SIP, diligenciar en su turno la planilla de chequeo de especificaciones; el 16 de febrero del 2019, a las 15:50 horas, asistió a reunión de turno en compañía de la Coordinadora, el Supervisor y el Operador de Máquina, en la que se le solicitó información de los rechazos de producción, al no coincidir la información que entregó con los registros del SIP; los días 21 y 22 de febrero de 2019, no prestó servicios a la empresa, porque se encontraba en descanso y permiso sindical, respectivamente; el correo electrónico registrado en la empresa es rocknacional81@hotmail.com; fue requerido por su superiores por la actualización de la planilla y, del SIP.

²⁷ Audio 19-08-2021, Min. 00:38:10. Diego Alfredo Zambrano Garrido, Representante Legal de Vidriería Fenicia S.A.S. Manifestó que en la compañía hay un documento que establece el procedimiento a seguir por los inspectores de control de calidad cuando deban registrar un defecto en la producción, se debe ingresar el tipo de rechazo en los sistemas de información de producción - SIP, adicionalmente, desde 2009 existen los coordinadores de calidad de planta, por lo que los inspectores de control de calidad reportan en un tablero las referencias o rechazos, con la finalidad que los revisores puedan seleccionar el envase que presenta defecto y puedan empacarlo en óptimas condiciones de calidad; los defectos se pueden notificar de manera verbal a los superiores de los inspectores, pero, los procedimientos establecidos exigen el registro en SIP, porque esos sistemas permiten tomar decisiones correctivas, lo que es indispensable para el proceso productivo; no existe un umbral determinado de falta de reporte para calificarse como falta grave, sin embargo, la ausencia de reporte puede generar reclamos de clientes, desperdicio de producción, retroceso en el proceso productivo, entre otras cosas, por eso, el 9% de defectos que no se registró en SIP motivo la terminación del contrato de trabajo del demandado; la empresa intentó notificar personalmente a Velandia Blanco, ante la imposibilidad, se hizo por el medio más expedito, en su caso al correo electrónico y dirección de residencia, incluso se les comunicó a Enrique Moreno y Fredy Silva, como directivos sindicales, pero, ellos se negaron, el trabajador tampoco quiso recibir la notificación, desconoce si eso fue en horario laboral. El 21 de febrero de 2019, la Supervisora, Ibon Rodríguez procedió a notificar al enjuiciado, quien se negó a recibirla, por eso, en cumplimiento de la Convención Colectiva, se envió la notificación por correos certificado y electrónico; la Convención estipula que la empresa notificará, pero no precisa el medio para ello, también, que se debe notificar a la organización sindical, lo que trató de hacer Diana Cardozo, como Directora de Recursos Humanos, con la Supervisora Ibon Rodríguez; Enrique Moreno y Fredy Silva tienen un cargo al interior de la seccional Soacha de la organización sindical; la empresa de correo certificado certificó que el destinatario se abstuvo de recibir la notificación, desconoce si el correo electrónico se envió con confirmación.



testimonios de Ibon Maritza Rodríguez Almanza²⁸, Jenny Catalina Gracia Cañón²⁹, Javier Orlando Sanabria Gaitán³⁰, Jaime Coronado Herrera³¹ y, Luis Agustín Díaz Blanco³².

²⁸ Audio 19-08-2021, Min. 00:58:45. Ibon Maritza Rodríguez Almanza. Depuso que es empleada de Vidriería Fenicia S.A.S. desde hace cinco años; conoció al demandado porque trabajaron juntos, él era Inspector de Calidad en el área en que es Coordinadora de Calidad; no tiene ninguna relación con SINTRAVIDRICOL; la compañía demandante es una empresa productora de envases de vidrio para diferentes clientes, entre sus funciones debe coordinar las actividades que se llevan a cabo para garantizar la calidad de los envases en planta, administrar los procesos, ejercer control de calidad y, de personal del área de calidad; Tomas Velandia es un Inspector de Calidad que trabaja en el área de zona fría, que es el lugar donde se hace control y verificación de envases, es su jefe directa, él debe cumplir con el control de calidad de los envases, hacer mediciones de envases, inspección o muestreo, revisión visual para identificar defectos o no conformidades del envase, registrar la información de las actividades de calidad en el SIP, garantizando el registro de variables y mediciones, informar los defectos, guiar a las personas selectoras para hacer una debida y adecuada revisión y segregación de envases buenos y malos, verificar el funcionamiento adecuado de equipos o herramientas necesarias para el trabajo e, informar cualquier desviación o necesidad de ajuste; el Inspector de Calidad cuenta con una tarjeta de instrucciones específica para cada referencia, se mencionan cuáles son las variables de la botella, como sus medidas, indica la frecuencia con la que se deben hacer las verificaciones, los muestreos son cada hora, debiendo registrar la información en el SIP, indicando el defecto encontrado, después lo informar a través del tablero que se encuentra en las puntas del archa, que es una malla que sale después de un horno de recocido, por la que pasan los envases, hasta donde están los Selectores, quienes están capacitados para revisar e identificar los envases, así como rechazarlos, a su vez, ellos reciben información del Inspector de Calidad; el tablero es de acrílico, se diligencia manualmente luego del muestreo; para el caso de Tomas, él no registró los defectos que estaban saliendo de la máquina en el tablero para que la gente se pudiera guiar y rechazar el envase, tampoco hizo los registros en el sistema y, los que hizo no correspondían con lo arrojado en la punta del archa, no estaba haciendo uso de esa herramienta, por lo que no estaba informando su función a los Selectores, esa información es importante para la mejora en el proceso de formación de envases o manejo de la máquina, esos sucesos se dieron el 16 de febrero de 2019, en ese momento estaba encargada Catalina, como Ingeniera de Planta, ella fue quien le presentó el informe, así como al Gerente de Calidad; las reuniones de línea son estratégicas porque permiten identificar problemas en la operación, tomar acciones concretas y definir planes para el cumplimiento de objetivos diarios en la planta, se hacen al inicio de cada turno con cada una de las máquinas, participan los inspectores de calidad, el FMU, el operador de máquina, el supervisor de zona fría y algún ingeniero, se revisa el muestreo que hacen los inspectores, en el caso del enjuiciado, el día de los hechos, la ingeniera Catalina rinde informe en el que indica que se hizo la reunión de línea con el supervisor Javier Sanabria, el operador de máquina y el inspector Tomás Velandia, de la que resultó el cuestionamiento de la información brindada por el inspector, dado que lo reportado no coincidía con la eficiencia de la máquina, lo que impidió definir planes de acción de mejora, además, se tuvieron inconvenientes por la actitud del convocado, de eso se enteró porque la ingeniera Catalina, quien estaba de turno sábado y domingo, el siguiente lunes envió un correo comentando lo sucedido, una vez eso sucedió, se inició el análisis de la información, efectuó una auditoría desde su cargo, encontrando defectos en producción, pero en la que se rechazó no fue posible porque "esa va directamente al shut de rechazo", el trabajador fue notificado para que asistiera a diligencia de descargos, pero, no compareció porque el día jueves estaba en día de descanso y, el viernes siguiente solicitó permiso sindical, en todo caso se notificó a través de correo electrónico al que se envían desprendibles de pago, también se intentó notificar al miembro directivo del Sindicato, Enrique, aunque se negó a firmar hasta que no hablara con el trabajador; el SIP es alimentado manualmente porque la información registrada corresponde a los resultados de las actividades de muestreo que hace el Inspector, lo que debe hacerse cada hora, es decir, el Inspector debe sacar los envases de las cavidades de la máquina para inspeccionarlos, el resultado debe registrarlo en el sistema, indicando los defectos encontrados, eso se hace hora a hora según tarjeta de instrucciones, en la salida del archa toma uno de los envases que salen en hilera de cada cavidad, la máquina tiene 6 secciones y por cada sección salen dos botellas, cada botella tiene una cavidad, el Inspector de Calidad en la punta del archa toma los 12 envases para hacer el muestreo, revisando uno por uno; cuando auditó la gestión del enjuiciado el 16 de febrero de 2019 en el SIP, identificó que habían hasta más de dos horas y media de registro sin actualizar la información de muestreo que estaba saliendo, lo que significa que no hizo el muestreo correspondiente o no lo registró como parte de sus actividades y funciones; en la reunión para definir los planes de acción, el demandado aportó el formato establecido para reuniones de línea; según la información enviada por la Ingeniera Catalina, lo registrado en el SIP no coincidía con lo que estaba en el tablero de las puntas del archa, es decir, Velandia Blanco no estaba haciendo uso del tablero y, cuando se le requirió la información, ésta no coincidía con lo registrado en el SIP, dichos tableros son una herramienta utilizada en las líneas de producción desde 2016, incluso existían antes en la planta, se deben usar en todos los turnos y, por todos los inspectores, la información que se registra en los tableros es la misma que se consigna en el SIP, sistema en el que se guarda la información; la planilla de chequeo de especificaciones es un formato del área de calidad, allí el Inspector de Calidad registra las actividades que hace a lo largo de su turno, su diligenciamiento es obligatorio, es verificado por el Supervisor, en el turno de 16 de febrero de 2019, el convocado no registró la información no conforme o rechazos que se hicieron en ese turno, ello genera reprocesos, debido a que se debe pedir la verificación del turno y, *reauditarlo* para verificar la producción, en el caso de Tomás, no se pudo liberar producción, lo que genera un atraso de producción y venta, pues, se debe afirmar al área de logística que el producto no se puede despachar hasta que se hagan unas verificaciones y auditorías, además, la producción rechazada no se pudo verificar, ya que, iba directamente al *shut* de la basura, sin embargo, se fue un 33%, cuando debía ser 16%; en la reunión de turno, Tomás no dio información consistente, real y verídica; cuando envió la citación a descargos, solicitó confirmación de recibido del correo, cuando se llegó el 25 de febrero y Tomas Velandia no se presenta, informó a Gestión Humana; entregó al demandado la documentación con la que se le comunicaba su salida del proceso productivo, él firmó la documentación sin efectuar manifestación alguna. Uno de los clientes afectados fue *Velcom*, se le entregaría envase de vidrio, no recuerda el tiempo de retraso que se generó en la entrega, se le hizo un despacho en fecha posterior; antes el demandado había tenido llamados en el proceso productivo directamente, no en el área de calidad, ha tenido procesos disciplinarios por situaciones similares de temas de calidad; las funciones del Inspector de Calidad están documentadas en la empresa, se cuenta con un procedimiento de inspección de envases y registros, así como el tablero que es de conocimiento de los inspectores, eso se socializó; la citación a descargos debió hacerse vía correo electrónico porque el trabajador no estaba en la planta, el trámite o procedimiento interno se denomina ratificación e inspección de producto.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. 017 2019 00260 02
FS. Vidriería Fenicia S.A.S. Vs. Tomás Velandía

²⁹ Audio 18-11-2021, Parte 2, Min. 00:00:00. Jenny Catalina Gracia Cañón, Ingeniera Mecánica. Indicó que labora como Coordinadora de Decoración y Servicio de Valor Agregado para Vidriería Fenicia S.A.S., conoce a Tomás Velandía Blanco hace 13 años, laborando en la misma empresa bajo el rol de calidad; no tiene vínculo con SINTRAVIDRICOL; entre sus funciones está la decoración interna y externa en planta, maquilas y desarrollo de nuevos proyectos; el enjuiciado desempeña el cargo de Inspector de Calidad, sus funciones se relacionan con la inspección del producto finalizado, manejo documental, procedimientos y, frecuencias para la medición de los envases, el cargo que desempeña no tiene relación directa con el del demandado, tiene conocimiento de las variables del proceso de medición de productos, con base en una hoja de especificaciones que se maneja en Calidad, ha participado en algunas capacitaciones del tema de calidad, aunque es vidrio y decorado, se manejan procesos similares; el inspector de calidad es quien avala la producción empacada en vidrio, luego pasa a decoración, se entabla comunicación con el Inspector si hay hallazgos; el inspector de Calidad tiene una hoja o ficha técnica de especificaciones, en la que define las variables del producto, frecuencias, valores máximos y mínimos, cuenta con unas mesas compuestas de equipos calibradores para hacer mediciones, se ingresan a un sistema estadístico con los rangos de especificaciones, también hacen inspecciones visuales, muestreos que dependen de la frecuencia o referencia, si la referencia es específica, se hace cada hora o dos horas, la información es diariamente validada y corroborada por el Coordinador de Calidad; la liberación de producción consiste en validar que las variables del producto cumplan los requerimientos para evitar futuros reclamos; el 16 de febrero de 2019, se encontraba como Ingeniera de Turno, ese día en las horas de la tarde se decidió hacer reuniones de línea de producción, más o menos a las 04:00 p.m. inició la reunión de la línea A2 con el supervisor Javier Sanabria, el Operador de la Máquina, Tomas Velandia y, un mecánico, se diligenció un formato en Excel con los datos de estado de la máquina, eficiencia y, porcentaje de rechazo, pero, cuando se llegó a ese último no cuadró el porcentaje de 50% de eficiencia, por lo que comenzó a indagar, en ese momento Tomás *“tomó una actitud un poco desafiante y grosera delante de todo el equipo, donde él manifiesta que se estaba empacando únicamente lo que venía bueno, sin ninguna justificación que hiciera razonable el porcentaje de lo que estábamos rechazando... de una forma un poco burlona me contesta señalando al operador, pues que él la mande buena, no hay otra forma”*, en ese momento dejó de interrogarlo y continuó con la reunión, luego le pregunta sobre el uso de el tablero, él indicó que no era una herramienta que utilizara, que realmente él le va diciendo al Revisor Empacador, quien lo anota *“como en una mesa”* para tenerlo presente, después, Tomás decide cerrar el archivo de la reunión que estaban diligenciando, cierra la sesión, se levanta y se va del salón sin ninguna causa, entonces, el Supervisor le hace un llamado a Tomás para que volviera y se finaliza la reunión, sin embargo, no se corrigen el uso del tablero, el tema del rechazo, ni la validación de la línea, a pesar que el PIC es el sistema de comunicación que tiene el Inspector, ese procedimiento se debe hacer cada hora, al día siguiente, domingo, evidenció que las planillas no se estaban diligenciando completamente, el día hábil siguiente, lunes se reunió con Producción, notificó la eventualidad y, Recursos Humanos, su jefe directo y el líder de la línea deciden que debe reportarlo por escrito para así notificar al trabajador, el trámite lo efectuó Diana Cardozo como Directora de Recursos Humanos, Adriana Camargo como Asistente de esa área, Jairo de la Rota como Gerente de Calidad para la Planta, Carlos Lozada como Gerente de Planta y, Diego Rubio como Gerente de Proceso de Manufactura. Existen 4 líneas de producción, después del archa hay una mesa de trabajo, el archa es un túnel de 30 metros más o menos, allí se hace el proceso de recocido, el envase entra caliente para hacerle una reformación, saliendo de forma rígida, el Inspector coge los envases y los maniobra, luego pasa a otros subprocesos para finalmente ser empacado, en el techo del archa se encuentra un tablero de aproximadamente 8 pies de alto, está separado por secciones de máquina de formación, a fin que el Inspector haga una verificación o muestreo, para que si encuentra envases malos, los pueda anotar en ese tablero, para que el Revisor Empacador lo pueda visualizar, eso se hace durante el turno, en zona fría trabajan alrededor de 33 personas por turno que se van rotando, salen al baño, van a comida, se toman el tinto, entonces, si la persona llega y no sabe qué está rechazando, posiblemente deja pasar el defecto o bota producción buena, además del tablero, las anotaciones se hacen en el PIC, que es una herramienta que se encuentra dentro del sistema global SIP; el 16 de febrero de 2019, la productividad si se vio afectada más o menos hasta las 6 o 7 de la noche. En el tablero se registra información al inicio de cada turno, se toman uno a uno los envases, lo que se evidencia se coloca en el tablero, eso se debe ir actualizando para no rechazar producción que esté de acuerdo a la especificaciones de calidad, el procedimiento se encuentra establecido en un sistema documental, anualmente se hacen capacitaciones; el día de la reunión, se evidenciaron reportes sin actualización desde hacía más de 2 horas, aunque debe ser cada hora.

³⁰ Audio 18-11-2021, Parte 3, Min. 00:00:00. Javier Orlando Sanabria Gaitán. Señaló que es Supervisor de Planta en PELDAR, compañía en la que lleva 28 años y 11 meses, PELDAR es igual que Vidriería Fenicia S.A.S.; distingue a Tomas Velandia, fueron compañeros de trabajo desde que ingresó a la empresa; se ha desempeñado como Selector, es decir, el personal que se encarga de empacar la producción que va saliendo de las maquinas, también estuvo en el departamento de calidad, fue Metrólogo de Planta, en el cargo de Supervisor de Planta lleva más de tres años; como Inspector de Calidad sus funciones eran de seguimiento e inspección del producto terminado, eso se hace al iniciar labores, debe sacar muestreos, revisar hojas técnicas, revisar requerimientos de cliente, verificar la producción, registrar toda la información y, realizar chequeos del SPC, Tomás fue Inspector de Calidad, ese cargo una inicia labores debe sacar muestreos, revisarlos, buscar que la producción no esté defectuosa, llevar registros e informar si encuentra producción defectuosa, debe hacer registros y preparar el formato para la reunión de cada turno; en el cargo de Supervisor de Planta estuvo a cargo del demandado en 2019; mientras fue Inspector de Calidad, conoció que a Tomás le hicieron llamados de atención por cuestiones de trabajo, por el incumplimiento de sus funciones, no cumplir los procedimientos establecidos por la planta, como revisión de producción y, diligenciamiento de formatos, el último llamado de atención le consta porque estaba con la Ingeniera Catalina, en cada turno hay una reunión de línea, está el Supervisor de Planta, Operador de Máquina, Inspector de Calidad y, la persona encargada de planta, que es un Ingeniero, Tomás estaba en la máquina de la línea 2 como Inspector de Calidad, cuando llegaron al turno evidenciaron que la eficiencia de la máquina estaba muy por debajo de lo requerido, era menor de 50%, entonces, se debieron reunir para buscar un plan de acción, conocer los problemas de la maquina y, buscar mejoras, sin embargo, el propósito de la reunión no se cumplió por falta de información, no hubo claridad en lo que se estaba rechazando, Tomás aportó información errónea o incompleta requerida en el sistema de información; en varias oportunidades Tomás llegó con desagrado y mal actitud al trabajo, eso era constante, muchas veces tuvo que llamarle la atención porque él no hacía las cosas que tenía que hacer, constantemente debía pedirle que hiciera su trabajo, a veces atendía el llamado, otras veces llegaba en una actitud molesta; en la reunión aparte de no contar con la información clara, la actitud de Tomás fue desinteresada, burlona y desafiante, tanto que dijo *“pues miren a ver que hacen”* o como decía siempre *“pues eso es lo que hay”* o *“yo no utilizo esto”*, incluso se salió de la reunión sin haberla terminado, debió ir nuevamente a traerlo, eso se dio por la eficiencia de la máquina, tenía números rechazando al 100%, que equivale a un porcentaje de 16; de las reuniones se dejaba un formato de reunión, allí se consignaba lo sucedido, el día de la reunión Tomás estaba diligenciando el formato, pero como se molestó, lo cerró y se fue, la Ingeniera Catalina rindió un informe al respecto, lo debió presentar a Gestión Humana o Recursos Humanos; la reunión ocurrió como en febrero de 2019. El tablero del archa permite verificar el estado de la máquina, cada Inspector debe apuntar la cavidad, número o defecto de la maquina, con el fin que las personas que están



Las pruebas reseñadas en precedencia, valoradas en conjunto, permiten colegir la existencia de las conductas endilgadas a Velandia Blanco en la comunicación de 27 de febrero de 2019, aducidas por la sociedad convocante para desvincularlo con justa causa, previo levantamiento de la garantía foral.

en selección sepan qué cavidades deben revisar o rechazar, el día de la reunión mencionada, Velandia Blanco incumplió el deber de diligenciar o actualizar el tablero, habían cavidades y defectos por más de dos horas, la información del PIC debía coincidir con la del tablero, porque una vez lo programen en el sistema, el Operador se va a dar cuenta, cuando lo programa el Inspector de Calidad, a Tomás se le requirió para que mantuviera actualizadas esas dos herramientas, lo requirió la Ingeniera Catalina, encargada de planta en ese momento, Tomás dijo que él no utilizaba eso, por lo que debió rendir un informe como Supervisor, no recuerda a quién se lo entregó, lo sucedido con el demandado afectó el normal desarrollo de la operación; todos los Inspectores de Calidad son capacitados sobre el uso del PIC. Los requerimientos anteriores que efectuó a Velandia Blanco, fueron verbales, el tablero y el PIC se deben actualizar una vez se presenta un defecto. El tiempo en que sale un defecto en la máquina es el que el Operador debe pararla, entonces, esa producción se va a rechazar *“hasta que salga el vacío de esa máquina (...) desde que entra de la máquina a zona fría son 40 minutos, ese tiempo tiene que rechazarse esa producción, 40 minutos hasta que el operador haya corregido todo y haya cambiado todo”*.

³¹ Audio 18-11-2021, Parte 3, Min. 00:44:30. Jaime Coronado Herrera. Expresó que es trabajador de Vidriería Fenicia hace aproximadamente 33 años, Tomas Velandia Blanco es un compañero de trabajo, lleva quizás unos 20 o 30 años en la empresa, trabajan en el área de calidad; es directivo de SINTRAVIDRICOL, se desempeña en el cargo de Secretario de Actas, en la empresa es Inspector de Calidad, antes estaba en el área de recuperación de moldes, en su cargo actual tiene turnos rotativos, lo que requiere de un enganche entre turnos, recibe información del Inspector que entrega, analiza la situación de acuerdo a ello y direcciona su trabajo a partir de ahí, según *“el defectuoso que tenga la producción”*, se enfoca en la mayor problemática que pueda tener, su labor es de acuerdo a la instrucción de la hoja técnica, allí están las frecuencias de trabajo, para lo que deben tomar muestras, hacer inspecciones visuales, mediciones, inspección por atributo e informar, lo que se hace a través de los medios oficiales, uno de ellos el SIP, que pertenece al programa de producción de la empresa, allí ingresa la información encontrada, sobre problemas en la producción, sus porcentajes y el operador que trabaja aproximadamente a unos 40 o 50 metros, en el otro extremo, él consulta el computador y encuentra los defectos que tiene la producción, adicionalmente se tiene información verbal con el operador para tomar los correctivos necesarios, todos los días, en todos los turnos hay reuniones de líneas, para analizar la información, asisten Operador, Supervisor de Selección e, Inspector de Calidad, la empresa cuenta con procedimientos e instructivos que especifican las funciones y la forma en cómo se deben ejecutar; con el demandado tienen el mismo cargo, las funciones de todos los Inspectores son iguales; Tomás ha estado fuera de la empresa desde hace un tiempo, el evento se presentó en febrero de 2019, él debía reemplazar Inspectores, es decir, que semanalmente pasaba por todos los turnos, en su caso ha mantenido turnos semanales; de lo sucedido en la empresa con el demandado se enteró tiempo después, porque no coincidió con su turno, incluso entre Inspectores a veces no se tiene comunicación, por el voz a voz se enteró que hubo un inconveniente con Tomas, por un problema en una reunión, *“no sé bien qué fue lo que pasó”*, Tomas le comentó que hubo una situación que no fue clara y, que lo habían notificado. Los Inspectores de Calidad para los registros y reportes de defectos detectados en producción, deben seguir las normas y, reglamentos de la empresa, deben tomar muestras representativas de la producción que esté saliendo, de las inspecciones e informar los resultados, esos informes se registran en el SIP, bitácoras, planillas y, tablero, además, se entrega información verbal al Operador, incluso, existe un procedimiento que dice cómo se debe efectuar el trabajo en la punta del archa, el procedimiento de inspección se llama *“ENB 109”*, exige que cada hora se actualice la información del SIP manual, hay un punto de pantalla donde una persona inspecciona, también, deben monitorear equipos, ver porcentajes de rechazo, verificar si los rechazos son positivos o negativos, para evitar el rechazo de producción buena, hay un tablero, pero éste no está dentro de un procedimiento escrito, es un recurso, porque se pueden dar instrucciones verbales sin necesidad de escribir en el tablero; en la punta del archa tienen un manual que se puede consultar permanentemente, se manejan planillas en la punta del archa, se deja información en un Excel para ser analizada en las reuniones de producción y, efectuar proyecciones del turno y de los trabajos a realizar con tendencia a mejorar resultados; el tablero es un recurso, a veces no da tiempo para escribir, por lo que se entrega información verbal, es una ayuda visual rápida, sin embargo, la información oficial es la del SIP, porque allí queda el registro de cómo se llama el defecto, la posición del envase en la máquina, cuánto tiempo lleva programado el rechazo, el porcentaje, a ese sistema puede acceder cualquier persona en cualquier lugar de la planta, por ende, se debe mantener actualizada la información, mínimo cada hora. Sin no se cumpliera cada hora con el registro de información, ésta dejaría de ser coherente, lo que podría afectar los resultados del Operador; la finalidad del tablero es establecer por dónde viene cada envase, cada cavidad tiene un número; en la mayoría de los casos la información del tablero debe ser coherente con la registrada en el SIP; normalmente hay un Operador y un Controlador; si en el cambio de turno no se entrega una información completa, no sé puede entender qué pasó; es una obligación diligenciar de forma completa la planilla de chequeo al finalizar el turno, así como registros digitales en bitácoras, el SIP.

³² Audio 18-11-2021, Parte 4, Min. 00:00:00. Luis Agustín Díaz Blanco. Dijo que es primo del demandado, no tiene relación con la empresa demandante, ni con el Sindicato; en 2019, vivía donde su tío Tomás Velandia Saavedra, se dedicaba a la impresión 3D, fabricando máquinas para vender como independiente, en el barrio Nuevas Delicias; un día un señor de H&L llegó con un vigilante a entregarle un documento, le causó desconfianza y no la recibió.



En efecto, la Vidriería Fenicia S.A.S. demostró que el 16 de febrero de 2019, Velandia Blanco, como Inspector de Calidad, asistió a la reunión de turno con Jenny Catalina Gracia Cañón - Coordinadora -, Javier Sanabria – Supervisor - y el Operador de Máquina A2, reunión en que le solicitaron información por inconsistencias entre el reporte de rechazos de producción y lo anotado en el Sistema de Información de Producción – SIP, pues, existía diferencia en cuanto a la eficiencia de la máquina, asimismo, porque estaba omitiendo utilizar el tablero de la punta del archa, además, en la misma fecha, a la finalización del turno, se abstuvo de registrar los “no conformes” o rechazos efectuados, sin embargo, al ser requerido por tales situaciones, entregó información inconsistente que no se ajustaba a la realidad del funcionamiento de la máquina a su cargo, manifestado en los informes rendidos (corroborado en sus testimonios por Jenny Catalina Gracia Cañón, quien a su vez adjuntó pantallazos de los registros errados en los sistemas de comunicación e información - PIC y SIP), planillas de chequeo de especificaciones incompletas y, hallazgos de registros de defectos desactualizados; además el deponente Javier Sanabria, precisó que el demandado se mostró en desacuerdo ante la solicitud de la Ingeniera Catalina Gracia de utilizar el tablero de la salida del archa “y se vio una actitud desafiante, de burla y de irrespeto hacia la ingeniera”. Cabe mencionar, que en el interrogatorio de parte, Tomás Velandia Blanco aceptó que asistió a la referida reunión, en que se le solicitó información de los rechazos de producción, al no coincidir la información entregada con los registros del SIP.

En adición a lo anterior, la testigo Ibon Maritza Rodríguez Almanza manifestó que como jefe directa del convocado, una vez conoció lo



ocurrido en la reunión de 16 de febrero de 2019, efectuó una auditoría encontrando defectos en producción, sin embargo, no fue posible revisar lo rechazado, ya que, ello “*va directamente al shut de rechazo*”, también, identificó espacios de más de dos horas y media sin actualización de registros de muestreos; el testigo Jaime Coronado Herrera dijo que a las reuniones de turno deben asistir el Operador, el Supervisor de Selección y, el Inspector de Calidad, último que debe atender los procedimientos e instructivos para el registro y reporte de defectos detectados en producción en el SIP, bitácoras, planillas y, tablero, incluso el procedimiento “*ENB 109*” exige que cada hora se actualice la información del SIP manual.

Cumple precisar, que los testigos recibidos, a excepción de Luis Agustín Díaz Blanco, quien afirmó no tener relación con la compañía convocante, coincidieron al indicar que las reuniones de turno, así como el registro completo de la información de defectos de producción, eran importantes para la identificación de problemas en la operación, tomar acciones concretas y, definir planes para el cumplimiento de objetivos diarios en la planta, también, señalaron que las funciones de los Inspectores de Calidad son significativas, en tanto, tienen la responsabilidad de entregar información a los Selectores y Operadores de Máquina, acerca de los resultados de muestreos que se deben hacer cada hora para mejorar la producción.

Y, aunque el enjuiciado no compareció a la diligencia de descargos adelantada el 25 de febrero de 2019, como se anotó en el acta



correspondiente³³, no justificó su inasistencia ni solicitó su aplazamiento a pesar que la notificación y citación le fueron entregadas en el correo personal reportado ante su empleadora³⁴ y, al Ministerio del Trabajo³⁵ - confirmado en este asunto -, rocknacional81@hotmail.com, surgiendo evidente la falta de interés del trabajador para explicar las circunstancias por las que fue citado, que no implicaba que la empresa demandante culpaba al accionado injustificadamente por los errores en su gestión de inspección de la calidad en la producción.

De lo expuesto se sigue, que Velandia Blanco desatendió los procedimientos establecidos por la Vidriería Fenicia S.A.S. para el cargo de Inspector de Calidad, siendo ello así, la empleadora acreditó que el trabajador incumplió las obligaciones generadas por su contrato de trabajo, incurriendo en las causales de despido reseñadas. En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

³³ Folios 76 a 78 y 85.

³⁴ Folios 41 a 44.

³⁵ Folios 130 a 131.



PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE LEVANTAMIENTO DE FUERO, PERMISO PARA DESPEDIR – DE SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. – SAI S.A.S. CONTRA ALEXANDER GARCÍA QUINTANA.

Bogotá D.C., ocho (08) de julio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal de conformidad con los términos acordados en Sala de Decisión, contenidos en la presente acta, resuelve de plano y emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandado, revisa la Corporación el fallo de fecha 13 de enero de 2022, proferido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad.



ANTECEDENTES

La sociedad demandante petitionó declarar que Alexander García Quintana es miembro del Sindicato de Trabajadores de Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. – SINTRASAI como Suplente del Tesorero, por ende, goza de la garantía de fuero sindical, trabajador que incurrió en faltas graves que permiten terminar el contrato de trabajo por justa causa con arreglo a los artículos 58 numeral 1 y, 62 literal a) numerales 6 y 10 del CST, en armonía con los artículos 81 literal i), 86 numerales 1, 18 y 38, 88 numeral 5, 91 numeral 1, 97 numeral 6 y, 98 numerales 4 y 5 del Reglamento Interno de Trabajo, en consecuencia, se levante la garantía foral del enjuiciado, se conceda permiso para despedirlo con justa causa y, costas.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 01 de noviembre de 2017 suscribió contrato de trabajo a término fijo con Alexander García Quintana, quien en la actualidad desempeña el cargo de Conductor; trabajador que se obligó a cumplir las funciones propias de su cargo, órdenes e instrucciones impartidas por el empleador, así como cumplir y respetar fielmente las obligaciones y prohibiciones previstas en la ley, el reglamento interno y en cualquier estatuto de la compañía; también se obligó a laborar la jornada ordinaria legal en los turnos y dentro de las horas señaladas por SAI S.A.S.; la empresa ha capacitado al enjuiciado para el ejercicio de sus funciones de forma periódica, constante y permanente, conforme a los lineamientos, políticas y reglamentos de la Compañía; el trabajador tiene como deber general registrar las tarjetas de control de entrada y salida de los lugares en donde la empresa las establezca y, como obligaciones



especiales realizar personalmente la labor, someterse a todas las medidas de control, asistir puntualmente a trabajar y tiene prohibido faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso de la sociedad empleadora; a través de correo electrónico de 15 de junio de 2021, el sindicato SINTRASAI le comunicó que fue modificada la junta directiva mediante asamblea de 12 de junio de esa anualidad, en la que Alexander García Quintana fue designado Suplente del Tesorero de la Junta Directiva, por ende, goza de la garantía de fuero sindical; la empresa cuenta con un sistema de reloj biométrico mediante el que se registran las entradas y salidas; con correo electrónico de 15 de julio de 2021, tuvo conocimiento que el enjuiciado no se presentó a la jornada de trabajo programada para el anterior día 05, conforme al registro arrojado por el reloj biométrico, sin que presentara soporte alguno de su ausencia; con correo electrónico de 16 de julio de 2021, enviado al convocado lo citó a diligencia de descargos para el día 21 de los referidos mes y año, en el horario de 08:00 a.m. a 12:30 m. y de 14:30 p.m. a 16:00 p.m.; con correo electrónico de igual calenda, le informó a SINTRASAI que Alexander García Quintana se encontraba citado a descargos por presunto ausentismo y solicitó confirmación si el acompañamiento de la organización sindical se realizaría de forma presencial o virtual; el 21 de julio de 2021 ni el enjuiciado, ni los representantes del sindicato comparecieron a la diligencia de descargos, tampoco justificaron la inasistencia, además, se dejó la constancia en el acta de descargos; la sociedad empleadora decidió suspender a García Quintana por el término de dos días como medida disciplinaria, determinación que se le notificó el siguiente día 23, sin que el trabajador interpusiera recurso u oposición alguna; con correo electrónico de 22 de julio de 2021, conoció que el convocado no se presentó a la jornada de trabajo de 18 de julio de esa anualidad, sin



justificación alguna; con comunicaciones del día 23 de los referidos mes y año, el demandado fue citado a diligencia de descargos para el 26 de julio de 2021, además, se informó la organización sindical para que hiciera el acompañamiento; mediante acta de diligencia de descargos de 26 de julio de 2021 se dejó constancia de la no comparecencia de García Quintana y de los representantes de la organización sindical, asimismo, que no había justificación de la ausencia; la empleadora decidió suspender al demandado por el término de cuatro días como medida disciplinaria, determinación notificada a éste el 09 de agosto siguiente, sin que el trabajador interpusiera recurso u oposición alguna; con correo electrónico de 19 de agosto de 2021, conoció que el demandado se ausentó el 07 de agosto siguiente, no pidió permiso, constituyendo la tercera ausencia injustificada, conducta que trasgrede las políticas y los reglamentos de la compañía, además, de constituir falta grave que permite terminar el contrato de trabajo; con correo electrónico de 20 de agosto de 2021, se le notificó a García Quintana la apertura formal al proceso disciplinario y fue citado a diligencia de descargos para el siguiente día 23, situación que también se le notificó a SINTRASAI; el día de la diligencia, el demandado solicitó aplazar los descargos, pues, tenía sintomatología asociada con el COVID – 19, sin anexar soporte alguno, petición que aceptó reprogramando la diligencia para el 13 de septiembre de 2021, calenda en que no compareció el enjuiciado, ni los representantes del sindicato sin justificación alguna, dejando constancia en el acta de la diligencia; el trabajador no acató las políticas ni reglamentos de la Compañía, incumplió las obligaciones laborales, siendo una conducta inaceptable; con comunicación de 16 de septiembre de 2021, decidió terminar por justa causa el contrato de trabajo de García Quintana, decisión sujeta a la sentencia que defina el proceso de levantamiento de fuero sindical; el 21 de septiembre



siguiente, el enjuiciado interpuso recurso de apelación, resuelto con comunicación de 04 de octubre de 2021, confirmando la determinación inicial¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de 15 de diciembre de 2021, el *a quo* dio por no contestadas la demanda y su reforma, por Alexander García Quintana².

El Sindicato de Trabajadores de Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. – SINTRASAI guardó silencio, pese a que fue debidamente notificado³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento ordenó levantar el fuero sindical de Alexander García Quintana, en consecuencia, autorizó su despido por justa causa con fundamento en el artículo 62 literal a) numeral 6 del CST, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en armonía con los artículos 406 y 410 del CST, modificados por el Decreto 204 de 1957; sin imponer costas⁴.

¹ Documento: 01 demanda, páginas 1 a 30 y, 04 subsanación, así como la reforma de la demanda: carpeta 12, audio 1, min. 08:12, en el que la actora allegó el acta de asamblea del sindicato 12 de junio de 2021 y constancia de depósito de la modificación de la junta directiva.

² Carpeta 12, audio 1, min. 06:10 y audio 2, min. 00:30.

³ Documento 07, notificación.

⁴ Acta y audio de la audiencia.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó acreditado dentro del proceso, que desde 01 de noviembre de 2017, Alexander García Quintana labora para Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S., mediante contrato de trabajo a término fijo, en el cargo de Conductor, con un salario básico mensual para 2021 de \$1´064.636.00; situaciones fácticas que se coligen del referido contrato de trabajo⁵, la comunicación de bienvenida a la empresa⁶ y, la certificación laboral de 29 de septiembre de 2021⁷.

El 12 de junio de 2021, la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores de Servicios Aeroportuarios Integrados SAI S.A.S. – SINTRASAI eligió a Alexander García Quintana como Suplente del Tesorero de la Junta Directiva⁸, elección que en igual calenda fue comunicada a la sociedad demandante y al Ministerio de Trabajo⁹, por ende, el convocado a juicio se encuentra protegido por la garantía foral, en los términos del artículo 406 literal c) del CST, situación que además no fue objeto de debate.

Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta.

⁵ Documento. 01 demanda páginas 47 a 51.

⁶ Documento. 01 demanda página 52.

⁷ Documento. 01 demanda página 67.

⁸ Documento. 01 demanda páginas 132 a 137 y documento: 13 reforma demanda.

⁹ Documento. 01 demanda páginas 138 a 139 y 140, así como documento: 13 reforma demanda.



PERMISO PARA DESPEDIR

Afirma la empleadora accionante que inició a Alexander García Quintana proceso disciplinario, porque incumplió sus obligaciones como trabajador al no presentarse a laborar de manera reiterativa, sin justificación alguna.

Además de los documentos referidos, se aportaron al instructivo los siguientes: (i) certificado de existencia y representación legal de SAI S.A.S¹⁰; (ii) cédula de ciudadanía del accionado¹¹; (iii) descripción del cargo de Conductor¹²; (iv) citación a descargos de 06 de diciembre de 2018, en la que García Quintana fue convocado a dicha diligencia por no presentarse a laborar el 26 de noviembre de ese año¹³; (v) comunicación de 11 de diciembre de 2018, en que la empleadora informó al enjuiciado que se había cerrado el proceso disciplinario, pues, había evidenciado que el 26 de noviembre anterior el trabajador se encontraba acompañando a su hijo de 10 años al médico¹⁴; (vi) citación a descargos de 05 de abril de 2019, en que García Quintana fue citado a dicha diligencia por ausentarse a laborar el 27 de marzo de ese año¹⁵; (vii) oficio de 12 de mayo de 2019, en que la sociedad demandante manifestó al convocado que cerraba el proceso disciplinario porque, acreditó una calamidad el día 27 de marzo de ese año¹⁶; (viii) citación a descargos de 15 de mayo de 2019, en que García

¹⁰ Documento. 01 demanda páginas 32 a 46 y 197 a 211.

¹¹ Documento. 01 demanda página 53.

¹² Documento. 01 demanda páginas 54 a 66.

¹³ Documento. 01 demanda página 84.

¹⁴ Documento. 01 demanda página 85.

¹⁵ Documento. 01 demanda página 82.

¹⁶ Documento. 01 demanda páginas 81 y 83.



Quintana fue citado a dicha diligencia por continuas llegadas tarde los días 02, 05, 17 y 30 de marzo de ese año¹⁷; (ix) acta de descargos de 20 de mayo de 2019, en que el enjuiciado aceptó que conocía el reglamento interno de trabajo, el uso del reloj biométrico para presentarse a su turno de trabajo, el horario de trabajo, además, adujo que sus llegadas tardes se debían a que la ruta del SITP no pasaba y que él informaba la situación de movilidad al grupo de *WhatsApp*¹⁸; (x) comunicación de 07 de junio de 2019, en que la compañía accionante impuso sanción al demandado por sus llegadas tarde, consistente en la suspensión temporal del contrato de trabajo por cuatro días¹⁹; (xi) citación a descargos de 17 de junio de 2019, en la que García Quintana fue citado a la diligencia por ausentarse a laborar el día 05 de los referidos mes y año²⁰; (xii) acta de descargos de 20 de junio de 2019, en que se dejó constancia que el trabajador no asistió a la diligencia, además, se le impuso sanción por no justificar su ausencia a laborar el 05 de junio de 2019, consistente en la suspensión temporal del contrato de trabajo por dos días²¹; (xiii) correo electrónico de 15 de julio de 2021, en que el encargado del reloj biométrico informó que 79 trabajadores se ausentaron injustificadamente, entre ellos, Alexander García Quintana, quien no se presentó el 05 de julio de esa anualidad al turno de las 15:00²²; (xiv) correo electrónico de 16 de julio de 2021, remitido al enjuiciado a la dirección electrónica quintanalex@hotmail.com, mediante el cual la empresa demandante informó la apertura formal del proceso disciplinario y citación a descargos por ausentarse el 05 de julio de esa anualidad²³; (xv) correo electrónico de 16 de julio de 2021,

¹⁷ Documento. 01 demanda página 75.

¹⁸ Documento. 01 demanda páginas 76 a 78.

¹⁹ Documento. 01 demanda página 79.

²⁰ Documento. 01 demanda página 68.

²¹ Documento. 01 demanda páginas 69 a 74.

²² Documento. 01 demanda páginas 145 a 147.

²³ Documento. 01 demanda páginas 148 a 149.



enviado por la sociedad convocante a la organización sindical SINTRASAI informando la citación a descargos de 04 empleados, entre ellos, el enjuiciado para que confirmaran el acompañamiento de manera presencial o virtual a la diligencia²⁴; (xvi) acta de descargos de 21 de julio de 2021, en que se dejó constancia que García Quintana no asistió a la diligencia, además, se le impuso sanción por no justificar su ausencia a laborar el 05 de julio de 2021, consistente en la suspensión temporal del contrato de trabajo por dos días²⁵; (xvii) correo electrónico de 22 de julio de 2021, en que el encargado del reloj biométrico informó que 58 trabajadores se ausentaron injustificadamente, entre ellos, Alexander García Quintana²⁶; (xix) correo electrónico de 23 de julio siguiente, remitido al enjuiciado a la dirección electrónica quintanalex@hotmail.com, mediante el cual la empresa demandante informó la apertura formal del proceso disciplinario y citación a descargos por haberse ausentado el 18 de julio de esa anualidad²⁷; (xx) correo electrónico de 23 de julio de 2021, enviado por la sociedad actora a SINTRASAI informando la citación a descargos de 10 empleados, entre ellos, el enjuiciado, para que confirmaran el acompañamiento de manera presencial o virtual a la diligencia²⁸; (xxi) acta de descargos de 27 de julio siguiente, en que se dejó constancia que García Quintana no asistió a la diligencia, además, se le impuso sanción por no justificar su ausencia a laborar el 18 de julio de 2021, consistente en la suspensión temporal del contrato de trabajo por cuatro días²⁹; (xxii) correo electrónico de 20 de agosto de 2021, remitido al enjuiciado a la dirección electrónica quintanalex@hotmail.com, mediante el cual la empleadora informó la apertura formal del proceso

²⁴ Documento. 01 demanda página 150.

²⁵ Documento. 01 demanda páginas 151 a 156.

²⁶ Documento. 01 demanda páginas 157 a 159.

²⁷ Documento. 01 demanda página 160.

²⁸ Documento. 01 demanda páginas 161 a 162.

²⁹ Documento. 01 demanda páginas 163 a 168.



disciplinario y citación a descargos por haberse ausentado el 07 de agosto de esa anualidad³⁰; (xxiii) correo electrónico de 20 de agosto de 2021, enviado por la sociedad convocante a la organización sindical SINTRASAI informando la citación a descargos de 05 empleados, entre ellos, el enjuiciado con la finalidad que confirmaran el acompañamiento presencial o virtual a la diligencia³¹; (xxiv) correo electrónico de 23 de agosto de 2021, en el que el demandado solicitó reprogramación de la diligencia de descargos por presentar síntomas de COVID - 19³²; (xxv) correo electrónico de 08 de septiembre de 2021, en que la empleadora accedió a la solicitud del accionado y reprogramó la citación a descargos para el 13 de septiembre siguiente³³; (xxvi) acta de descargos de la última calenda en cita, en que se dejó constancia que García Quintana no asistió a la diligencia, además, como el trabajador no justificó su ausencia a laborar el 07 de agosto de 2021, la empresa decidió terminar el contrato de trabajo, pues, el empleado había sido programado para el turno de trabajo, sin que presentara soporte alguno de incapacidad, calamidad doméstica o fuerza mayor para no asistir, tampoco solicitó permiso para ausentarse, configurando una falta grave al ser reincidente y desconocer el reglamento interno de trabajo³⁴; (xxvii) solicitud de revisión de medida de terminación de 21 de septiembre de 2021, presentada por el demandado aduciendo que la decisión era desproporcionada e injustificada, pues, no había argumentos verídicos y eran parcializados con las pruebas allegadas, adicionalmente, indicó que el 07 de agosto de ese año se le presentó un daño en las instalaciones del baño de la casa, por lo que, no pudo asistir a trabajar, ya que, estaba solucionando el inconveniente,

³⁰ Documento. 01 demanda página 172.

³¹ Documento. 01 demanda página 173.

³² Documento. 01 demanda página 174.

³³ Documento. 01 demanda páginas 177 a 178.

³⁴ Documento. 01 demanda páginas 179 a 185.



anexando factura de los materiales que compró ese día, asimismo, consideró que se trataba de una persecución sindical de la empresa, pues, se le negaron los permisos sindicales, por último, rechazó la afirmación de su ausencia reincidente, pues, llevaba solo un día³⁵; (xxviii) comunicación de 04 de octubre de 2021, en la que la sociedad demandante informó a Alexander García Quintana que confirmaba su determinación de terminar el contrato, decisión que surtiría efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia que definiera el proceso de levantamiento del fuero sindical, lo anterior en razón a que, se comprobó que el trabajador incumplió sus obligaciones laborales con el reloj biométrico, además, de no contar con justificación válida para no presentarse en el lugar de trabajo, asimismo, se le garantizaron los derechos de defensa y debido proceso en el proceso disciplinario³⁶ y; (xxix) reglamento interno de trabajo³⁷.

³⁵ Documento. 01 demanda páginas 186 a 188.

³⁶ Documento. 01 demanda páginas 195 a 196.

³⁷ Documento. 01 demanda páginas 86 a 129.



Se recibieron los testimonios de María Paula Gómez Gómez³⁸, John Alexander Ochoa Mora³⁹ y, Andrés Riaño Alzate⁴⁰.

Dada la inasistencia de Alexander García Quintana a rendir interrogatorio de parte, el *a quo* lo declaró confeso de todos y cada uno de los hechos de la demanda susceptibles de confesión, en los términos del artículo 205 del CGP⁴¹.

³⁸ Carpeta 12, audio 03, min. 00:30, depuso que es Analista de Relaciones Laborales de la empresa demandante desde 28 de diciembre de 2017; conoce de la situación del demandado, porque, a ella le llegan los reportes de ausentismo y se encargó del proceso disciplinario que dio lugar a la terminación del contrato, al enjuiciado se le respetó el derecho de defensa y así pudiera controvertir los hechos, quien además, era reincidente de la conducta de ausentismo, lo cual causaba una afectación a nivel operativo en el aeropuerto; el reloj biométrico consiste en que la compañía cuenta con un método tecnológico para revisar la asistencia y cumplimiento de horarios de sus trabajadores en atención a la operatividad 24/7 del aeropuerto, se trata de un reloj biométrico que escanea el rostro al momento de la llegada y salida del aeropuerto, asimismo, hay dos personas que al ingreso escanean el carné y revisan la cantidad de salidas para el menú y los breaks; los reportes de ausentismo de García Quintana consistieron en que el área de relaciones laborales recibe el reporte que emite el reloj biométrico y los agentes de control respecto a la asistencia de los trabajadores para el caso del enjuiciado se manejó un reporte inicial a principios de julio, en el que el trabajador no se presentó a la diligencia de descargos y se le emitió una suspensión conforme a los lineamientos de la compañía y el reglamento interno de trabajo, posteriormente, en el segundo periodo de julio se presentó un nuevo ausentismo por parte del trabajador, procediéndose a emitir una segunda suspensión, luego, García Quintana volvió a faltar y dada las reincidencias se dio por terminado el contrato, incluso en la tercera vez de ausentismo como el trabajador estaba en proceso de aislamiento conforme a la emergencia sanitaria se postergó la citación, se le dio la oportunidad de presentarse, pero, tampoco se presentó, se emitió el acta de no comparecencia y se dio por terminado el contrato de trabajo, otorgándole la posibilidad de apelar si cuenta con un soporte de dicho ausentismo, el demandado presentó el recurso de apelación, pero, no justificó su ausentismo, dejándose en firme la decisión dada la reiteración de la conducta y la reincidencia en menos de 06 meses de una conducta que estaba establecida en el reglamento interno de trabajo; el enjuiciado conoce el reglamento interno de trabajo, pues, esta publicado en un área y la organización sindical tiene de primera mano el reglamento y las políticas respecto a ausentismo y medidas disciplinarias; el accionado no justificó sus ausentismos, pues, dentro del proceso existen unos controles internos como es al colaborador, quien es la línea directa donde los trabajadores notifican calamidades, incapacidades y demás novedades que les impidan asistir presencialmente a su turno de trabajo, asimismo, se verifica los ingresos de control, pues, puede que el escaneo falle, también se verifica que no esté en aislamiento preventivo; el impacto de la falta del trabajador es alto, ya que, se sobrecarga a los demás trabajadores, puede generar riesgos e incumplimiento de servicios que puede generar multas, además, de elevar el riesgo de accidentabilidad de los demás trabajadores; la programación de turnos se hace iniciando el mes a través de una plataforma, en caso de algún cambio se les notifica mediante llamada y la plataforma.

³⁹ Carpeta 12, audio 04, min. 00:24, manifestó que es el Coordinador Médico Laboral de la sociedad demandante desde hace 02 años y 10 meses; conoció a Alexander García Quintana porque presta los servicios como conductor en SAI; con la emergencia sanitaria, los trabajadores tienen que diligenciar una encuesta para reportar su sintomatología diaria y cuando se reporta algún síntoma de alerta, el trabajador queda bloqueado de la programación y sale un aviso en la encuesta que indica dirigirse a la EPS, aislarse y ellos quedan atentos a lo que diga el médico, quedando atentos a los soportes que le den al empelado y se le llaman para saber la condición de salud; el demandado tiene un reporte de 23 de agosto de 2021, en el que generó alerta sobre sus síntomas, quien aportó correo de la EPS ordenando su aislamiento por 10 días desde dicha calenda, posterior, se le hicieron llamadas, pero, no respondió, sin embargo, lo habilitaron en la programación desde el día 23, sin que existieran otros reportes, además, no tiene claro cuáles fueron los días de ausentismo, pero, no hubo otros reportes de sintomatología.

⁴⁰ Carpeta 12, audio 05, min. 00:11 y audio 06, depuso que trabaja para SAI S.A.S. desde 01 de noviembre de 2017 en el cargo de Gerente de Operaciones; la marcación del reloj biométrico funciona en el aeropuerto, donde existen dos puntos de control para el ingreso y salida de personal, el primer punto se encuentra antes del ingreso al aeropuerto en donde las personas por medio del carné y un código de barras se registran con unos colaboradores controlan el ingreso y el segundo control ya es dentro del aeropuerto en las oficinas P30, donde se hace el reconocimiento facial quedando registrada la hora oficial para el control de nómina; desconoce al detalle de los ausentismos del demandado, pero, el protocolo de quien se ausenta consiste en dar unos días para que se presente la justificación a talento humano, quien se encarga de lo demás, incluso la persona debería avisar antes del turno el motivo de su ausencia, sino presentar la incapacidad en talento humano; el cargo de conductor es un cargo crítico porque se encargan de llevar el equipo a los aviones, el equipaje a los pasajeros u aviones, su ausencia hace que se recargue el trabajo a los compañeros, horas extras e incumplimiento de los contratos con los clientes porque se tienen unos tiempos de entrega de equipaje, así como incumplimiento de la salida de los vuelos; los turnos se planean mensualmente en una página web y si llega a hacerse un cambio de turno, se envía un mensaje de texto, un correo electrónico y en ocasiones se llama a la persona.

⁴¹ Carpeta 12, audio 02, min. 06:34.



Las pruebas reseñadas en precedencia, valoradas en conjunto, permiten colegir que Alexander García Quintana no asistió a laborar los días 05 y 18 de julio y, 05 de agosto de 2021, conducta que constituye vulneración grave de las obligaciones del trabajador, configurando el justo motivo previsto en el artículo 98 numerales 4 y 5 del Reglamento Interno de Trabajo⁴², en cuyos términos configura falta grave “4) *la falta total del trabajador en la mañana o en el turno correspondiente, sin excusa suficiente, por tercera vez.* 5) *la falta total del trabajador a sus labores durante el día, sin excusa suficiente, por tercera vez*”, normatividad citada en el acta de descargos de 13 de septiembre de 2021.

Además, la ausencia injustificada del demandado a laborar constituye incumplimiento de sus obligaciones, en los términos del artículo 58 – 1° del CST, pues, como trabajador debía “*Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido*”; incurriendo en la prohibición del artículo 60 - 4° *ibídem* “*Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo*”.

Cabe precisar, que Alexander García Quintana conocía plenamente los turnos que debía desempeñar, atendiendo su programación mensual a través de la plataforma de la sociedad demandante como lo depusieron los testigos John Alexander Ochoa Mora y, Andrés Riaño Alzate, sin embargo, el enjuiciado no se presentó en tres oportunidades ni justificó

⁴² Folios 64 a 84.



el motivo de sus inasistencias, tampoco solicitó permiso a sus superiores jerárquicos.

Lo anterior, atendiendo que una vez la empresa convocante conoció la inasistencia del accionado por primera vez, verificó internamente si existía alguna justificación según lo indicó la testigo María Paula Gómez Gómez, como no la halló, en aras de garantías el derecho de defensa y contradicción del trabajador, lo citó a descargos mediante correo electrónico de 16 de julio de 2021⁴³, es decir, después de un tiempo suficiente para que García Quintana hubiese allegado alguna excusa, sin embargo, éste no la presentó, tampoco asistió a la diligencia de descargos de 21 de julio de 2021⁴⁴.

Asimismo, la empleadora demandante conoció de un segundo ausentismo, por lo que, citó al accionado nuevamente a descargos⁴⁵, pero, el aforado tampoco asistió a la diligencia de descargos de 27 de julio siguiente⁴⁶, ni justificó su inasistencia a trabajar, posteriormente, el 07 de agosto de 2021 el enjuiciado por tercera vez se ausentó, siendo citado a descargos⁴⁷.

En este orden, Alexander García Quintana era consciente del incumplimiento de sus obligaciones, en tanto, pese a que se le remitieron las citaciones a las diligencias de descargos a su correo

⁴³ Documento. 01 demanda páginas 145 a 147.

⁴⁴ Documento. 01 demanda páginas 151 a 156.

⁴⁵ Documento. 01 demanda páginas 157 a 159.

⁴⁶ Documento. 01 demanda páginas 163 a 168.

⁴⁷ Documento. 01 demanda página 172.



electrónico, nunca respondió, ni asistió y, lo único que solicitó ante la tercera citación fue reprogramación de la diligencia por presentar síntomas de COVID - 19⁴⁸, empero, tampoco se presentó en la nueva fecha fijada.

Siendo ello así, la sociedad demandante demostró los motivos alegados como justa causa de desvinculación, por ello, se confirmará la sentencia consultada.

Ahora, en la solicitud de 21 de septiembre de 2021, el convocado manifestó que la decisión era desproporcionada e injustificada, pues, no era reincidente en la conducta de ausentismo y las pruebas estaban parcializadas⁴⁹, sin embargo, no allegó medio de convicción alguno que demostrara una justificación o permiso otorgado para los tres días que no laboró, pese a que tuvo conocimiento de las citaciones a descargos, además, la determinación se encuentra acorde con lo establecido en el reglamento interno de trabajo. En adición a lo anterior, el enjuiciado indicó que el motivo de su última ausencia de 07 de agosto de 2021 fue el daño del baño de su casa, aportando una factura de los materiales que compró ese día, empero, esta situación no es suficiente para justificar la inasistencia a laborar, en tanto, podía comunicarse con su jefe inmediato para informar el inconveniente y, presentarse con posterioridad al lugar de trabajo.

⁴⁸ Documento. 01 demanda página 174.

⁴⁹ Documento. 01 demanda páginas 186 a 188.



Por último, García Quintana manifestó que la determinación de finalizar el vínculo contractual laboral era producto de una persecución sindical, pues, le negaban los permisos sindicales, afirmación que carece de respaldo probatorio, carga que le correspondía asumir, pues, nadie se puede apoyar en sus propias aseveraciones para acreditar una situación fáctica. De lo expuesto se sigue, confirmar el fallo consultado. Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

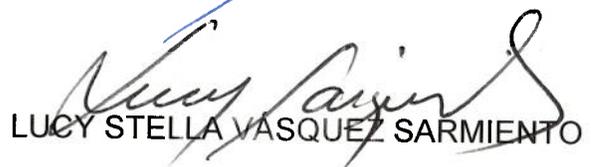
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia consultada, con arreglo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en el grado jurisdiccional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE LEVANTAMIENTO DE FUERO, PERMISO PARA DESPEDIR – DE MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. CONTRA JORGE ENRIQUE ACOSTA RODRÍGUEZ.

Bogotá D.C., ocho (08) de julio de dos mil veintidós (2022).

El Tribunal de conformidad con los términos acordados en Sala de Decisión, contenidos en la presente acta, resuelve de plano y emite la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por el demandado, revisa la Corporación el fallo de fecha 18 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad.



ANTECEDENTES

La sociedad demandante petitionó autorización para terminar el contrato de trabajo de Jorge Enrique Acosta Rodríguez, quien goza de la garantía de fuero sindical como Secretario de la Junta Directiva de la Asociación de Trabajadores, Directivos, Profesionales y Técnicos de las Empresas de la Rama de Actividad Económica del Recurso Natural del Petróleo, los Biocombustibles y sus Derivados – ADECO.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que entre las sociedades Texas Petroleum Company y Ominex de Colombia Ltd., así como entre ésta y Masarovar Energy Colombia Ltd., se presentó la figura de la sustitución patronal; desde 24 de febrero de 1982 Acosta Rodríguez labora a su servicio mediante contrato de trabajo, en el cargo de Supervisor Senior de Mantenimiento, además, es Secretario de la Junta Directiva de la Asociación de Trabajadores, Directivos, Profesionales y Técnicos de las Empresas de la Rama de Actividad Económica del Recurso Natural del Petróleo, los Biocombustibles y sus Derivados – ADECO, por ende, le aplica la garantía foral; con Resolución SUB 267841 de 11 de octubre de 2018, COLPENSIONES reconoció al señalado trabajador la pensión de vejez, incluyéndolo en nómina de pensionados a partir de noviembre de ese año, por ello, procede la autorización para terminar el contrato de trabajo¹.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ CD folio 2, documento 01, páginas 5 a 12 y 60 a 66.



Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Jorge Enrique Acosta Rodríguez se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos admitió las sustituciones patronales, el contrato de trabajo, el extremo temporal de iniciación, el cargo, su calidad de miembro de la Junta Directiva de ADECO y, el reconocimiento pensional. En su defensa propuso la excepción de prescripción².

La Asociación de Trabajadores, Directivos, Profesionales y Técnicos de las Empresas de la Rama de Actividad Económica del Recurso Natural del Petróleo, los Biocombustibles y sus Derivados – ADECO, a través de curador *ad litem*, respondió que se atiene a lo que decida el juez, en cuanto a las situaciones fácticas dijo no constarle. Propuso las excepciones de buena fe y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado de conocimiento ordenó levantar el fuero sindical de Jorge Enrique Acosta Rodríguez como miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Directivos Profesionales, Técnicos y Trabajadores de las Empresas de la Rama de Actividad Económica del Recurso Natural del Petróleo y sus Derivados de Colombia – ADECO; concedió a Mansarovar Energy Colombia Ltda. permiso para despedir al demandado; sin imponer costas⁴.

² CD folio 2, archivo 02, audiencia.

³ CD folio 2, archivo 02, audiencia.

⁴ CD folio 2, archivo 05 audio de la audiencia de 18 de marzo de 2022 y documento 01, página 263.



RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, el convocado a juicio interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que entre la terminación del contrato de trabajo o la intención de despido por el empleador y el reconocimiento de la pensión legal transcurrieron más de dos meses, por ende, se debe declarar probada la excepción de prescripción en los términos del artículo 118 A del CPTSS, precepto que no admite otra interpretación, en consecuencia, solicitó revocar la sentencia censurada⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Quedó acreditado dentro del proceso, que desde 24 de febrero de 1982, Jorge Enrique Acosta Rodríguez labora para Mansarovar Energy Colombia Ltda., mediante contrato de trabajo a término indefinido, siendo su último cargo Supervisor Senior de Mantenimiento, con un salario integral mensual para 2019 de \$17'598.275.00; situaciones fácticas que se coligen del otrosí del contrato de trabajo⁶, el registro de novedad de ingreso⁷ y, la certificación laboral de 14 de enero de 2019⁸.

⁵ CD folio 2, archivo 05 audio de la audiencia de 18 de marzo de 2022 y documento 01, página 263.

⁶ CD folio 2, documento 01 página 51.

⁷ CD folio 2, documento 01 página 50.

⁸ CD folio 2, documento 01 página 52.



El 17 de agosto de 2016, ADECO registró en el Ministerio de Trabajo la designación de Acosta Rodríguez como miembro principal de su Junta Directiva, en condición de Secretario de la Organización⁹, en este sentido, se concluye que el convocado a juicio se encuentra protegido por la garantía foral en los términos del artículo 406 literal c) del CST, situación que además no fue objeto de debate.

El 25 de junio de 2018, el demandado solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES la pensión de vejez, otorgada con Resolución SUB 333696267841 de 11 de octubre siguiente, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$6´690.953.00 para 2018, liquidada sobre 1362 semanas, un IBL de \$11´179.538 y una tasa de reemplazo de 59.85%, ingresando en nómina en noviembre de 2018, según se infiere del acto administrativo en cita¹⁰.

Con oficio de 07 de noviembre de 2018, COLPENSIONES informó a la sociedad empleadora que no podía remitir copia de la resolución de reconocimiento de varios trabajadores, entre ellos, Acosta Rodríguez, pero, que informaba que éste contaba con Acto Administrativo 267841 e ingreso a nómina de 11 de octubre de esa anualidad y, para cualquier información adicional se debía acercar a un punto de atención¹¹.

⁹ CD folio 2, documento 01 página 28.

¹⁰ CD folio 2, documento 01 páginas 32 a 40 y 177 a 186.

¹¹ Documento: 01 cuaderno físico, páginas 130 a 131.



Bajo estos supuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada.

PRESCRIPCIÓN

La Sala se remite a lo dispuesto al artículo 118 A del CPTSS sobre prescripción, adicionado por la Ley 712 de 2001, artículo 49¹².

En punto al tema de la operancia de la prescripción en la acción de levantamiento de la garantía foral, la Corte Constitucional ha explicado que se deben tener en cuenta dos circunstancias: (i) que la justa causa no se extienda en el tiempo y, (ii) que sea oportuna al proponerse; condiciones determinantes para comprender el entendimiento y alcance del artículo 118A del CPTSS, conforme a las garantías constitucionales para acceder a la administración de justicia. Ahora, en lo atinente a la justa causa de desvinculación por reconocimiento pensional la Corporación en cita ha adoctrinado que es una causal que se extiende en el tiempo, de carácter permanente y, en cuanto a la oportunidad de la interposición de la acción, la lectura sistemática con la naturaleza de la causal permite concluir que ésta no se subsana con el tiempo, sino que **el empleador la puede aplicar en cualquier momento**. Entonces, si bien el Código de Procedimiento Laboral prevé un término de prescripción especial de dos (2) meses para adelantar

¹² "Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso..."



acciones de fuero sindical, como la de levantamiento, la interpretación razonable de la norma para los casos en que el empleador alega como motivo el otorgamiento de la prestación jubilatoria - al tratarse de aquellas que se prolongan y cuyo fundamento no desaparece con el trascurso en el tiempo -, es que la misma se pueda interponer en cualquier momento, circunstancia que no iría en detrimento del derecho de asociación sindical, toda vez que corresponde al juez laboral determinar si las circunstancias alegadas por el demandante - empleador efectivamente configuran una justa causa de despido¹³.

A su vez, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha adoctrinado que la causal mencionada es una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede **hacer uso cuando estime conveniente** que el trabajador ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad, además, no resulta viable aplicar el principio de inmediatez cuando el despido se funda en el reconocimiento de la pensión en favor del prestador de servicios subordinados, pues, se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado, al punto que ni siquiera es susceptible de ser ponderada para otorgarle niveles de gravedad y sobre esa base establecer si se trata de un incumplimiento leve (sancionable) o grave (sancionable o posible de despido). Por lo mismo, al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, no es apropiado pensar que puede ser «perdonado, dispensado o condonado»¹⁴.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T – 606 de 02 de octubre de 2017.

¹⁴ CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia SL3108 de 31 de julio de 2019, que reiterada las sentencias SL 14378 de 30 de abril de 2001 Y SL 2509 de 15 de febrero de 2017.



Atendiendo la anterior línea jurisprudencial, como el otorgamiento pensional es una causal que se prolonga en el tiempo cuyo fundamento no desaparece con el transcurso en el tiempo, se puede interponer en cualquier momento, siendo dable al empleador alegarla cuando lo estime conveniente, siendo ello así, surge improcedente declarar probada la excepción de prescripción como lo pretende la censura.

En adición a lo anterior, en el asunto no se acreditó que la empleadora utilizara la causal objetiva en detrimento del derecho de asociación sindical.

De lo expuesto se sigue, confirmar la sentencia apelada. Sin costa en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, con arreglo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.



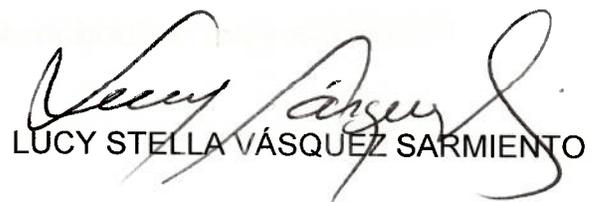
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE IVÁN DARÍO OSPINA ACOSTA CONTRA SALUD TOTAL EPS S.A.

Bogotá D.C., ocho (08) de julio de dos mil veintidós (2022).

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

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la EPS demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 10 de septiembre de 2020, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹.

¹ Folios 25 a 31.



ANTECEDENTES

El actor demandó el reconocimiento económico de \$3'125.300.00 como gastos sufragados por atención de cirujano particular y sala de cirugía en la Unidad Quirúrgica de los Alpes.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 06 de enero de 2017 estuvo en una cita médica en Salud Total EPS, ante una terrible dificultad para respirar, el médico general le prescribió unos medicamentos que fueron insuficientes, pues, al día siguiente ingresó por urgencias ante la persistencia del problema; el siguiente día 08, regresó a urgencias, porque se sintió muy mal y, así sucesivamente durante seis meses; en junio de ese año le dieron la orden para septoplastia y, aunque le ordenaron exámenes le cancelaban las citas con el pretexto de retraso en la facturación, demorándole las autorizaciones; el 05 de septiembre de esa anualidad, vía tutela le fueron amparados sus derechos con fallo del día 19 de los referidos mes y año, ordenando a la enjuiciada que en un plazo no mayor de un mes practicara la septoplastia; el 13 de octubre de ese año, el otorrino Marco Antonio Perdomo le ordenó otro examen innecesario que tardaba un mes para ser autorizado; como se sentía muy enfermo, el siguiente día 24, radicó el incidente de desacato; el 02 de noviembre de 2017, la representante legal de la EPS le preguntó si le parecía bien tomarse la tomografía, sin embargo, dicho examen era innecesario; ante esta situación acudió a médico particular².

CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

² Folios 2 a 3.



Al responder la solicitud, Salud Total EPS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues, no se cumplían los requisitos mínimos establecidos en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994; no se refirió de manera concreta a los hechos. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación para que Salud Total EPS S.A. asuma el reconocimiento y pago del reembolso, se deben tener en cuenta las tarifas establecidas por la normatividad vigente y, genérica³.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación accedió a la pretensión de Iván Darío Ospina Acosta, ordenando a Salud Total EPS reconocer y pagarle \$3'125.300.00, dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia⁴.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, Salud Total EPS interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el accionante solicitó el reconocimiento y pago de los gastos médicos en que incurrió de manera particular, equivalentes a \$3'125.300.00 como honorarios para el procedimiento quirúrgico, consulta y derechos de sala para el procedimiento de cierre de perforación septal y turbinoplastía vía trasnasal, realizado de manera particular en una IPS ajena a su red de prestadoras y, sin autorización; adicionalmente, no existió negligencia

³ Folios 9 a 11.

⁴ Folios 25 a 31.



demostrada o negativa injustificada, en tanto, Salud Total EPS ejecutaba los trámites necesarios para programar la cirugía, situación que acreditan los procedimientos autorizados como la cirugía ambulatoria otorrinolaringología urbinoplastía vía trasnasal, cirugía ambulatoria otorrinolaringología septoplastía con cierre de perforación septal y la consulta por anestesiología, última que estaba asignada para el 10 de noviembre de 2017, pero, Ospina Acosta no asistió, requisito indispensable para fijar la fecha del procedimiento de septoplastía. En este orden, fue el demandante quien rehusó los servicios para acudir a un servicio particular de manera caprichosa y arbitraria, siendo ello así, la entidad actuó de manera diligente en la totalidad de los trámites requeridos, sin que se cumplen los requisitos del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, por ende, no puede reembolsar ni asumir la responsabilidad por atenciones no autorizadas, en consecuencia, solicitó revocar el fallo para absolverla de toda responsabilidad; subsidiariamente, ordenar el reconocimiento económico con las tarifas del SOAT⁵.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

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

A su vez, en los términos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 *“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud,*

⁵ Folios 52 a 54.



que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”.

Y, según el artículo 6^o de la Resolución 6408 de 26 de diciembre de 2016, la cobertura de servicios, procedimientos y medicamentos del Plan de Beneficios en Salud estará a cargo de la UPC conforme a los anexos 1, 2 y 3 de dicho acto administrativo.

Los preceptos en cita permiten colegir, que corresponde a las EPS garantizar la prestación efectiva y oportuna de los servicios, procedimientos y medicamentos que hacen parte del plan de beneficios con cargo a la UPC.

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

⁶ ARTÍCULO 6. DESCRIPCIÓN DE LA COBERTURA DE LOS SERVICIOS Y PROCEDIMIENTOS. La cobertura de procedimientos y servicios del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, se describe en términos de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS) y se consideran cubiertas todas las tecnologías en salud (servicios y procedimientos) descritas en el articulado y los Anexos 2 y 3 del presente acto administrativo. Se consideran cubiertas todas las subcategorías que conforman cada una de las categorías descritas en el Anexo 2 “Listado de Procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC” del presente acto administrativo, salvo aquellas referidas como no cubiertas en la nota aclaratoria y las que corresponden a un ámbito diferente al de salud.
PARÁGRAFO. La cobertura del “Listado de Procedimientos de Laboratorio Clínico del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC”, se describe en subcategorías de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud (CUPS). Las subcategorías cubiertas son las que están indicadas en el Anexo 3 que hace parte integral del presente acto administrativo.



obstáculos o barreras injustificadas, que impiden al paciente acceder a los servicios de salud o al suministro de los medicamentos⁷.

Y, en cuanto al tratamiento integral ha precisado que tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud. *“Las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos”*. En esa medida, el objetivo final del tratamiento integral consiste en *“asegurar la atención (...) de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”*, asimismo, por lo general, se ordena cuando (i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones dejando en riesgo los derechos fundamentales del paciente; (ii) se trate de sujeto de especial protección constitucional - menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas -; y, (iii) personas que *“exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”*⁸.

En el *examine*, se acreditó que Iván Darío Ospina Acosta se encuentra afiliado a SALUD TOTAL EPS, asegurado que fue diagnosticado con desviación septal, rinitis - hipertrofia de cornetes, rinitis crónica, bradicardia, disnea y disfagia, padecimientos que empezaron el 06 de enero de 2017, cuando tuvo que asistir por urgencias, calenda en que la EPS enjuiciada ordenó consulta especializada y medicamentos, sin embargo, el afiliado continuaba con dificultad para respirar, tragar y dormir, por ende, el siguiente día 08, regresó a urgencias, se le

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T – 098 de 26 de febrero de 2016 y sentencia SU – 508 de 07 de diciembre de 2020.

⁸ Sentencia T – 259 de 2019.



autorizaron más medicamentos y, solo hasta el 16 de junio de esa anualidad, el médico tratante le prescribió un tratamiento definitivo correspondiente a cirugía ambulatoria con cierre de perforación septa y cirugía ambulatoria turbino plastia vía tranasal y; el 04 de julio siguiente, le ordenaron consulta con anesthesiólogo, situaciones fácticas que se coligen de las historias clínicas aportadas⁹.

Ospina Acosta continuó con sus afecciones, sin que Salud Total EPS realizará los procedimientos ordenados, por ello, el asegurado interpuso tutela contra la EPS convocada y, mediante fallo de 19 de septiembre de 2017, el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal Municipal con Función Control de Garantías de Bogotá amparó los derechos fundamentales de salud, dignidad humana y seguridad social del actor, ordenando a Salud Total EPS que en el término inferior a un mes efectuara las cirugías ordenadas¹⁰.

El 13 de octubre de 2017, la entidad accionada ordenó un TC de SPN para decidir el procedimiento a seguir¹¹; el día 14 de los referidos mes y año, el convocante radicó incidente de desacato¹² y, el siguiente día 25, el actor acudió a médico particular, quien realizó las cirugías en igual calenda¹³.

Siendo ello así, la entidad encargada de la prestación del servicio fue negligente en el ejercicio de sus funciones dejando en riesgo los

⁹ CD folio 4, consúltese *link* de la demanda.

¹⁰ CD folio 4, consúltese *link* de la demanda.

¹¹ CD folio 4, consúltese *link* de la demanda.

¹² CD folio 4, consúltese *link* de la demanda.

¹³ CD folio 4, consúltese *link* de la demanda.



derechos fundamentales del paciente, pues, las afecciones de salud de Ospina Acosta iniciaron el 06 de enero de 2017, determinó el tratamiento a seguir hasta el 16 de junio siguiente, esto es, seis meses después y, se abstuvo de realizar la cirugía ambulatoria con cierre de perforación septa y la cirugía ambulatoria turbino plastia vía transnasal de manera oportuna y completa por los especialistas que ameritaba el caso, requeridos para atender el cuadro clínico del paciente.

En este orden, si bien Salud Total EPS ordenó los servicios a Ospina Acosta no los prestó oportunamente, pues, pese a las patologías del afiliado, éste tuvo que presentar una acción de tutela para salvaguardar sus derechos fundamentales y, aún así la EPS no acató el amparo ordenado, dejando en riesgo la salud del demandante, en tanto, sus dificultades para respirar, tragar y dormir requerían la atención adecuada en el menor tiempo posible

De lo expuesto se sigue, que la enjuiciada actuó de manera negligente, con riesgo para la vida del paciente y, afectación de sus derechos fundamentales, surgiendo procedente el reembolso solicitado.

En lo atinente a los requisitos del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, cumple mencionar, que la atención de Ospina Acosta no se trató de una atención inicial de urgencias o atención de urgencias, sino del incumplimiento en brindar el tratamiento oportuno e integral que el asegurado requería, por ende, no es dable verificar los requisitos de dicha resolución.



Respecto a las tarifas del SOAT, el artículo 1° del Decreto 2423 de 1996 dispone que se aplican para los casos originados por accidente de tránsito, desastres naturales, atentados terroristas y demás eventos catastróficos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, también en la atención inicial de urgencias de otra naturaleza, si no hay acuerdo entre las partes.

En este sentido, la regla jurídica en cita aplica para eventos de atención inicial e inmediata de urgencias de que trata el artículo 10 de la Resolución 5261 de 1994, sin embargo, en el asunto los servicios médicos del accionante no constituyeron atención inicial e inmediata de urgencias, surgiendo improcedente la regulación de las tarifas del SOAT.

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

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

RESUELVE

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

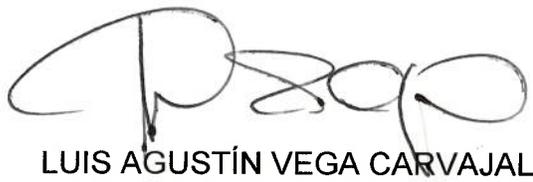


SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

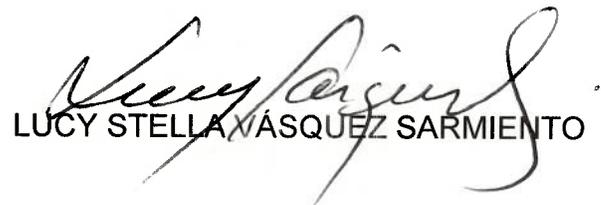
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE JUAN CLARET MORA
MARTÍNEZ CONTRA CAFESALUD EPS S.A.**

Bogotá D.C., ocho (08) de julio de dos mil veintidós (2022).

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

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la EPS enjuiciada, revisa la Corporación el fallo de fecha 29 de abril de 2021, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹.

¹ Folios 63 a 65.



ANTECEDENTES

El actor demandó el reconocimiento económico de \$679.000.00, como gastos en que incurrió por procedimientos médicos.

Fundamentó sus pedimentos en síntesis, en que el 29 de abril de 2016 sufrió un accidente de tránsito; como la póliza dejó de cubrir los gastos ocasionados por el *in suceso*, la EPS enjuiciada empezó a hacerse cargo; conforme a la historia clínica le ordenaron unos exámenes; el 16 de marzo de 2017 le prescribieron una electromiografía en cada extremidad y neuro conducción por cada extremidad autorizadas por CAFESALUD en el Centro Neurológico de Bogotá Ltda., efectuadas el 08 de junio siguiente, en la Unidad Clínica del Country; el 28 de marzo de 2017, le ordenaron radiografía panorámica de columna y resonancia nuclear magnética de columna, autorizadas por la EPS en las Organizaciones de Imagenología OIC S.A., practicadas los días 06 y 07 de junio siguiente, en el IDIME².

CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

Al responder la solicitud, CAFESALUD EPS S.A. manifestó que el reembolso solicitado se aprobó parcialmente por \$345.178.00, teniendo en cuenta las tarifas del SOAT, sin embargo, su pago estaba pendiente, dado que, la entidad se encuentra en liquidación y con las cuentas bancarias congeladas, además, cualquier pago a los acreedores se debe realizar en el marco del proceso liquidatorio; no se refirió de manera concreta a los hechos. En su defensa propuso las excepciones de

² Folios 1 a 2.



reembolso aprobado a tarifa SOAT, intervención forzosa para liquidar CAFESALUD EPS y, genérica³.

Mediante auto de 09 de julio de 2019, el *a quo* requirió al Centro Neurológico de Bogotá Ltda. y a la Organización de Imagenología IIC S.A.S. – OIC Country para que informaran si para los meses de marzo a junio de 2017 tenían convenio vigente con CAFESALUD para la atención y prestación de los servicios especializados de ayudas diagnósticas de sus afiliados y, si los contratos estaban vigentes⁴.

El Centro Neurológico de Bogotá Ltda. contestó que contaba con convenio vigente con CAFESALUD en los meses de marzo a junio de 2017, acuerdo que tenía como finalidad la atención y prestación de los servicios especializados de ayudas diagnósticas para sus afiliados, sin embargo, el convenio presentaba fallas de incumplimiento por CAFESALUD, por lo que, en julio siguiente fue cerrado definitivamente⁵.

La Organización de Imagenología IIC S.A.S. – OIC Country respondió que para los meses de marzo a junio de 2017, tenía contrato con CAFESALUD para la atención del servicio de resonancia magnética, con una capacidad limitada por ocupación⁶.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

³ CD Folio 78.

⁴ Folios 23 a 24.

⁵ CD Folio 78.

⁶ Folio 32 y CD Folio 78.



La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación accedió a la pretensión de Juan Claret Mora Martínez, en consecuencia, ordenó a CAFESALUD reconocer y pagarle \$619.000.00, conforme a las reglas establecidas en los Decretos 663 de 1999 y 2555 de 2010⁷.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, CAFESALUD interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el reembolso se debe reconocer por \$345.178.00, teniendo en cuenta las tarifas del SOAT - Decreto 2423 de 1996, que se actualizan cada año, por ende, solicitó que el reembolso ordenado se ajustara a dicho valor; adicionalmente, el demandante debe presentar la acreencia dentro del proceso liquidatorio de la EPS para que se lleve a cabo su estudio frente al eventual reconocimiento; igualmente, mediante Resolución 007172 de 22 de julio de 2019 se ordenó la liquidación de CAFESALUD, proceso iniciado el 05 de agosto siguiente y, conforme al Decreto 2555 de 2010 se publicaron dos avisos emplazatorios en medios de comunicación de amplia circulación para que todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideraran con derecho a reclamar radicarán los créditos, estableciendo formatos e instructivos de ordenación documental, en este sentido, como el trámite liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente, petitionó que el Tribunal ordene al convocante hacerse parte en él⁸.

⁷ Folios 63 a 65.

⁸ CD Folio 78.



PARA RESOLVER SE CONSIDERA

No fue objeto de reproche la afiliación como cotizante de Juan Claret Mora Martínez a CAFESALUD EPS S.A., asegurado a quien el 15 de marzo de 2016 le ordenaron exámenes de neuro conducción por cada extremidad, radiografía de columna lumbosacra, electromiografía en cada extremidad, resonancia magnética simple y contrastada de columna lumbosacra de alta resolución, servicios autorizados por la señalada EPS los días 16 y 26 del mes y año referidos, sin embargo, el siguiente día 22, fueron devueltos con sellos de “*pendiente a prestador*”; situaciones fácticas que se infieren de las autorizaciones de servicios⁹ y, de la historia clínica del asegurado¹⁰.

Los análisis de resonancia magnética simple y contrastada de columna lumbosacra de alta resolución fueron prestados de forma particular por el IDIME, el 06 de junio de 2017, con un costo de \$559.000.00¹¹, a su vez, los análisis de neuro conducción por cada extremidad y electromiografía en cada extremidad fueron prestados de forma particular por la Clínica El Country, el 08 de junio de esa anualidad, con un valor de \$60.000.00¹².

El 27 de junio de 2017, el demandante solicitó a CAFESALUD el reembolso de los exámenes ordenados, equivalentes a \$679.000.00¹³, pedimento respondido con comunicación de 04 de agosto siguiente, informándole que el pago de la prestación económica estaba aprobado

⁹ Folios 12 y 13.

¹⁰ Folios 10 a 11.

¹¹ Folio 13.

¹² Folio 12.

¹³ Folios 8 a 9.



por \$345.178.00 conforme a las tarifas del SOAT, además se encontraba pendiente de reembolso¹⁴.

Mediante Resolución 2426 de 19 de julio de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el plan de reorganización institucional presentado por CAFESALUD, consistente en la creación de una nueva entidad llamada MEDIMAS EPS S.A.S., que asumió la prestación de los servicios de salud a partir de 01 de agosto de ese año, calenda desde la que Mora Martínez fue vinculado a ésta EPS¹⁵.

El 31 de enero de 2018, el accionante solicitó a la EPS enjuiciada el pago del reembolso, pues, ya había sido autorizado¹⁶.

En este orden, los exámenes realizados no le han sido cancelados a Mora Martínez, por ello, el Juzgador de conocimiento ordenó que CAFESALUD le sufragara \$619.000.00¹⁷, sin que la enjuiciada reprochara la falta de prestación de los servicios.

PROCESO LIQUIDATORIO

La Doctrina Constitucional ha explicado que las reglas establecidas en los procesos liquidatorios son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a

¹⁴ Folios 5 y 7.

¹⁵ CD Folio 78.

¹⁶ Folio 15.

¹⁷ Folios 63 a 65.



través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tiene un procedimiento según el cual los acreedores se deben hacer parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley¹⁸.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que *“es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender porque se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”*¹⁹.

Bajo este entendimiento, el proceso sumario es un medio que no riñe con las normas que orientan el trámite liquidatorio, tiene por finalidad dar certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido, no desplaza al agente liquidador respecto a la prelación de crédito ni vulnera derecho alguno de los acreedores. Adicionalmente, la solicitud de reembolso del servicio se presentó a CAFESALUD EPS antes de iniciar el trámite liquidatorio, con petición de 27 de junio de 2017²⁰.

Igualmente, Juan Claret Mora Martínez cuenta con la facultad de acudir al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS S.A., sin necesidad de orden judicial, pues, conforme a la ley el Agente Liquidador de la entidad determinará el pasivo cierto no reclamado que estaba en discusión ante otra autoridad dentro de las fechas establecidas en el trámite liquidatorio, el cual

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU – 773 de 2014.

¹⁹ CSJ, Sala Laboral, sentencia SL416 de 2021.

²⁰ Folios 8 a 9.



deberá tener en cuenta conforme a la prelación de créditos establecida por la ley. En este orden, se confirmará la decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación en este sentido.

Respecto a las tarifas del SOAT, el artículo 1° del Decreto 2423 de 1996 dispone que se aplican para los casos originados por accidente de tránsito, desastres naturales, atentados terroristas y los demás eventos catastróficos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, también en la atención inicial de urgencias de otra naturaleza, si no hay acuerdo entre las partes.

Regla jurídica que aplica para eventos de atención inicial e inmediata de urgencias de que trata el artículo 10 de la Resolución 5261 de 1994 y originados por accidente de tránsito, sin embargo, en el asunto los exámenes ordenados al demandante lo fueron como parte del tratamiento integral a que tiene derecho el afiliado, pues, había transcurrido un año entre el accidente de tránsito y los análisis requeridos, máxime cuando CAFESALUD autorizó los servicios a cargo de su red de prestadores, empero, fueron devueltos con sellos de pendiente de prestador, acreditándose que fue negligente en el suministro del servicio médico requerido, debiendo asumir el pago total de los gastos en que Mora Martínez incurrió, surgiendo improcedente la aplicación de las tarifas del SOAT. En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto. Sin costas en la alzada.



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

RESUELVE

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

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: Doctora LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

**PROCESO ESPECIAL SUMARIO DE CARLOS ARMANDO
MARTÍNEZ LEÓN CONTRA FAMISANAR EPS S.A.S.**

Bogotá D.C., ocho (08) de julio de dos mil veintidós (2022).

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

PROVIDENCIA

Al conocer la apelación interpuesta por la EPS demandada, revisa la Corporación el fallo de fecha 26 de febrero de 2020, proferido por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación¹.

¹ Folios 121 a 127.



ANTECEDENTES

El actor demandó el reconocimiento económico de \$7'583.200.00 como gastos en que incurrió por atención de urgencias.

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que el 15 de junio de 2017 el médico adscrito a FAMISANAR EPS, oftalmólogo Doctor Federico Cortés, le diagnosticó desprendimiento de retina del ojo izquierdo, remitiéndolo de urgencia a un retinólogo; el siguiente día 20, fue atendido por el retinólogo Doctor Nelson Segovia del Centro Oftalmológico Oftalmover S.A.S., quien ratificó la urgencia de una intervención dentro de las 72 horas siguientes, de lo contrario se afectaría permanente su visión; el día 23 de los referidos mes y año, se le realizó una vitrectomía con SF6 y al día siguiente, le aplicaron láser alrededor del desgarro de retina; le hicieron tres controles postquirúrgicos; el 18 de julio de 2017, fue dado de alta e incapacitado hasta el día 20 del mes y año en cita; el segundo desprendimiento ocurrió el siguiente día 29 y el 01 de agosto de 2017, fue atendido nuevamente en urgencias por el Doctor Nelson Segovia, reiterando el diagnóstico de desprendimiento de retina, pero, de M1 a M8 y desgarro de M1 a M3 con bordes enrollados en el mismo ojo izquierdo, indicándole que debía ser intervenido nuevamente, solicitando autorización a la EPS de lente intraocular convencional, inserción secundaria de lente intraocular en restos capsulares, vitrectomía posterior con endo láser o crioterapia y, extracción extra capsular de cristalino por facoemulsificación SOD, además, le otorgó 30 días de incapacidad; FAMISANAR EPS autorizó los servicios, sin embargo, la cirugía fue programada 15 días después, situación que afectaba su salud, por ello, acudió de manera particular a la Clínica Barraquer, donde le programaron “vitrectomía + cerclaje con o sin aceite del ojo izquierdo” antes de las 72 horas; el



04 de agosto de 2017, fue realizada la intervención; el siguiente día 14, le informó a la entidad enjuiciada que ya le habían efectuado el procedimiento y solicitó el reembolso, pedimentos negados el 29 de septiembre de 2017; precisó que FAMISANAR EPS solo tiene dos retinólogos que atienden dos días a la semana, situación que afectaba la celeridad, oportunidad y diligencia a la respuesta urgente que requería, pues, presentaba urgencia vital².

CONTESTACIÓN A LA PETICIÓN

Al responder la solicitud, FAMISANAR EPS S.A.S. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ya que, no se cumplen los requisitos mínimos establecidos en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, además, autorizó los servicios oportunamente y fue el usuario el que decidió de forma personal abandonar el tratamiento; no se refirió de manera concreta a los hechos. En su defensa propuso la excepción de improcedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular por incumplimiento de los requisitos de ley³.

Mediante auto de 23 de marzo de 2018, el *a quo* requirió a Oftalmover S.A.S. copia de la historia clínica del actor y, a Oftalmos S.A. - Clínica Barraquer informar si el paciente ingresó como particular, por servicio de urgencias, por consulta externa, si realizaron el proceso de verificación de derechos del usuario, si se efectuó el proceso de referencia y contrarreferencia, además, indicar el valor de los servicios prestados⁴.

² Folios 1 a 4.

³ CD Folio 141.

⁴ Folio 100 a 101.



Oftalmos S.A. - Clínica Barraquer contestó que el 01 de agosto de 2017 el paciente ingresó de manera particular a la institución a través del servicio de consulta externa no programada, por ello, no realizó verificación de derechos del usuario, tampoco hizo el proceso de referencia y contrarreferencia, pues, no cuenta con servicio de urgencias, además, adjuntó las facturas de los servicios prestados⁵.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación accedió a la pretensión de Carlos Armando Martínez León, ordenando a FAMISANAR EPS reconocer y pagar al demandante \$7´583.200.00 dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; dispuso trasladar copias de la demanda con sus anexos a la Superintendencia Delegada de Supervisión Institucional para que adelante las investigaciones pertinentes, si a ello hubiere lugar, contra FAMISANAR EPS⁶.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, FAMISANAR EPS interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el reembolso es improcedente, pues, no hubo negación de los servicios solicitados, por el contrario, generó las correspondientes autorizaciones sin demora, ni

⁵ Folios 107 a 117.

⁶ Folios 121 a 127.



dilación alguna, asimismo, prestó los servicios correspondientes a Martínez León, el 23 de julio de 2017 se le hizo la vitrectomía y al día siguiente le aplicaron láser por presentar desprendimiento de retina en el ojo izquierdo, el 01 de agosto de 2017 la IPS Oftalmover lo diagnosticó con nuevo desprendimiento de retina, programó el procedimiento para el siguiente día 16, entregando al usuario las autorizaciones correspondientes, siendo Carlos Armando Martínez León quien solicitó se anularan las autorizaciones, pues, decidió pedir concepto particular y abandonar el tratamiento, en adición a lo anterior, el médico tratante de la IPS indicó que la patología del actor era estable por 08 a 12 días aproximadamente, en este orden, no se cumplen los requisitos de reembolso según la Resolución 5261 de 1994, ya que, no existió incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS; por último, solicitó vincular a la IPS Oftalmover para que se pronuncie sobre los hechos de la demanda⁷.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

En los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, los usuarios del sistema de seguridad social en salud pueden solicitar mediante proceso verbal sumario el *“reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

⁷ Folios 134 a 135.



Con arreglo al precepto en cita, cuando se pretende el reembolso de gastos en que haya incurrido un afiliado por atención médica, éstos deben corresponder a “urgencias” y “atención de urgencias”, definidas por los artículos 9º y 10º de la Resolución 5261 de 1994 del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud:

“URGENCIA. *Es la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.*

“ATENCIÓN DE URGENCIAS. *La atención de urgencias comprende la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia. Todas las entidades o establecimientos públicos o privados, que presten servicios de consulta de urgencias, atenderán obligatoriamente estos casos en su fase inicial aún sin convenio o autorización de la E.P.S. respectiva o aún en el caso de personas no afiliados al sistema.*

“Las urgencias se atenderán en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesario autorización previa de la E.P.S. o remisión, como tampoco el pago de cuotas moderadoras. La I.P.S. que presta el servicio recibirá de la E.P.S. el pago correspondiente con base en las tarifas pactadas o con las establecidas para el S.O.A.T. En todo caso es el médico quien define esta condición y cuando el paciente utilice estos servicios sin ser una urgencia deberá pagar el valor total de la atención. (...)”

Adicionalmente procede el reembolso cuando se presenta incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones con el usuario.

Cabe precisar, que no fue objeto de discusión que Carlos Armando Martínez León para la fecha en que se prestó el servicio objeto de recobro se encontraba afiliado a FAMISANAR EPS, siendo beneficiario de sus servicios de salud.



En este orden, corresponde a la Sala establecer (i) si las afecciones padecidas por Martínez León configuraron una “urgencia”, (ii) si los gastos cuyo reembolso reclama se ajustan al concepto “atención de urgencias”, o (iii) si se presentó **incapacidad**, imposibilidad, negativa injustificada o **negligencia** de CAFESALUD EPS en la designación de la IPS para la valoración con el médico especializado.

Cabe señalar, que la “integridad física, funcional y/o psíquica”, referida por el artículo 9º de la Resolución 5261 de 1994 se debe considerar sencillamente como un estado de salud en estándares de normalidad, bajo este entendimiento se concluye, que cualquier variación negativa de dicha condición, respecto de la cual resulte previsible la afectación de la vida o funcionalidad de la persona, sin importar el grado de severidad, constituye un suceso equiparable a una **urgencia**, susceptible de atención inmediata y seguimiento por la EPS a la cual se encuentre afiliado.

En este sentido, en el *examine*, el 15 de junio de 2017 el médico tratante de la IPS adscrita a la red de prestadora de la entidad enjuiciada – Oftalmover S.A.S. – diagnosticó a Carlos Armando Martínez León desprendimiento de retina del ojo izquierdo, siendo remitido al Subespecialista, quien el siguiente día 20 ratificó la necesidad de la intervención de vitrectomía con SF6, procedimiento que se llevó a cabo el día 23 de los referidos mes y año y, al día siguiente le aplicaron láser alrededor del desgarro de la retina, sin embargo, después de padecer dos días de visión con mancha negra en el campo visual superior del ojo izquierdo, el Subespecialista de Oftalmover S.A.S. indicó que nuevamente tenía un desprendimiento de retina y, emitieron pre - autorizaciones de servicios para el procedimiento de extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación SOD, inserción secundaria de lente intraocular en restos capsulares y



vitrectomía posterior con endo láser o crioterapia⁸. El procedimiento quirúrgico quedó programado para el día 16 de agosto de 2017⁹.

El 01 de agosto de esa anualidad, el demandante acudió al servicio de consulta externa de Oftalmos S.A. – Clínica Barraquer como paciente particular, donde refirió que llevaba dos días con visión de mancha negra en el campo visual superior de su ojo izquierdo, Institución que lo diagnosticó con desprendimiento regmatogeno de retina o desprendimiento retiniano con desgarro gigante de ojo izquierdo, ordenando la intervención de vitrectomía + cerclaje con o sin aceite, para ello, prescribió exámenes de laboratorio y anestesia, análisis que fueron realizados los días 02 y 03 de agosto de 2017, además, el procedimiento se llevó a cabo el siguiente día 04, con un costo de \$7'583.200.00¹⁰.

Asimismo, el Profesional Médico adscrito a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación emitió concepto técnico, en que señaló *“el demandante presentó una recidiva del desprendimiento de retina, la cual fue programada para más de quince días después, conducta que no es acorde con la lex artis como se evidencia en el siguiente texto “los desprendimientos de retina NO mejoran sin tratamiento. La reparación se necesita para prevenir la pérdida de visión permanente. La rapidez con la cual es necesario realizar la cirugía depende de la localización y magnitud del desprendimiento. Si es posible, la cirugía se debe hacer el mismo día si el desprendimiento no ha afectado el área de la visión central (la mácula). Esto puede ayudar a prevenir un desprendimiento mayor de la retina. También aumentara la probabilidad de preservar la buena visión. Si la mácula se desprende, es demasiado tarde para restablecer la visión normal. La cirugía todavía se puede llevar a cabo para prevenir la ceguera total. En estos casos los oftalmólogos pueden esperar de una semana a 10 días para realizar la cirugía”... por lo anterior se*

⁸ CD folio 141.

⁹ CD folio 141, contestación FAMISANAR.

¹⁰ Folios 5 a 30 y 107 a 117.



evidencia, en primer lugar, inoportunidad en la atención de una urgencia, en segundo lugar, la negligencia de la entidad promotora demandada para garantizar la oportunidad en la oportunidad de la urgencia oftalmológica y por último que, dadas las presuntas fallas en la calidad de la atención, este asunto debe ser trasladado a la delegada institucional”¹¹.

En este orden, las afecciones padecidas por Carlos Armando Martínez León configuraron una urgencia, su salud estaba afectada gravemente para llevar a cabo su vida en condiciones normales, pues, tenía una mancha negra en el campo visual de su ojo izquierdo, además, se demostró incapacidad y negligencia de FAMISANAR EPS en la prestación del servicio, en tanto, conocía del diagnóstico del paciente, pero, autorizó el procedimiento para 15 días después, pese a que la cirugía era urgente para evitar el desprendimiento total de la retina y preservar la buena visión, en tanto, el desprendimiento aún no había afectado el área de la visión central, sin que se pudiera esperar 08 o 12 días como lo indicó el especialista de la IPS Oftalmover o, que bastara con la expedición de las pre – autorizaciones para el procedimiento, por ende, la entidad enjuiciada incumplió sus obligaciones de efectiva prestación de servicios de salud, en este orden, los gastos en que incurrió Martínez León para su atención son susceptibles de reembolso, pues, se cumplen los presupuestos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, para el reconocimiento económico de los gastos en que incurrió Carlos Armando Martínez León.

Finalmente, con arreglo al artículo 61 del CGP “...Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por

¹¹ Folio 120.



disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas;

(...)

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos...”

En punto al tema debatido, la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que el *litis consorcio* “debe tenerse por **necesario** cuando no fuere posible dictar la sentencia si no es en presencia de todos quienes conforman la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, pues, de resultar excluido alguno o algunos de quienes debieran quedar afectados por ella, ésta no estaría llamada a lograr su eficacia, con lo cual no adquirirá las características de inmutabilidad y definitividad propias a su firmeza, dado que frente a aquél o aquellos no contará con oponibilidad alguna¹².

En el *examine*, no es necesaria la vinculación de la IPS Oftalmover S.A.S. para emitir la sentencia, pues, la obligación de brindar los servicios a los afiliados está a cargo únicamente de FAMISANAR EPS, quien puede asumir los trámites administrativos y judiciales pertinentes contra las IPS de la red de prestadoras.

¹² CSJ, Sala Laboral, Sentencia 59027 de 01 julio de 2015.



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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO.- Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO