



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EPS SANITAS S.A.
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADRES.
RADICACIÓN: 110013105-038-2018-00199-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: RECOBRO FACTURAS DE SALUD

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La EPS SANITAS S.A. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL al pago de \$413.529.807 por concepto de procedimientos, medicamentos, insumos y/o servicios NO POS, la indemnización por daño emergente en la suma de \$41.352.980, los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la EPS SANITAS S.A. autorizó y cubrió el suministro y/o la prestación de procedimientos, medicamentos, insumos y/o servicios no incluidos entre los beneficios del Plan Obligatorio de Salud – POS, como consecuencia de ordenes tomadas en decisiones de acciones de tutela y de autorizaciones del CT a favor de diferentes usuarios; que la EPS SANITAS S.A. elevó reclamación ante el FOSYGA, hoy ADRES, presentando un total de 228 recobros, que se discriminan en 274 ítems, junto con los correspondientes soportes; que el FOSYGA glosó los recobros aduciendo las siguientes causales: *"solicitud de recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto – ley 1281 de 2002, la factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida, la fecha de solicitud del médico tratante, autorización y/o prestación no son consistentes, el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio, existe error en los cálculos del recobro, uno o varios ítems incluidos en el recobro presentan alguna causal de rechazo o devolución, el criterio observado será incluido en el proceso de auditoría concurrente, la factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, el monto a reconocer presenta diferencias, cuando el servicio prestado corresponda a una consecuencia de accidente de tránsito y no se hayan agotado los toques del SOAT, no se anexa al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación, no se evidencia la entrega de la tecnología en salud no POS objeto de recobro, el usuario se encuentra reportado fallecido en la RNEC para la fecha de prestación del servicio, el fallo de tutela no se aporta o no contiene la información requerida, lo recobrado no corresponde con lo facturado por*

el proveedor, el nombre del afiliado contenido en el fallo de tutela no corresponde con el consignado en la solicitud de recobro; que los derechos económicos representados en los 228 recobros, que se discrimina en 274 ítems, corresponden a \$413.529.807; que con la negativa del Fosyga en cancelar los recobros se puso fin a la actuación administrativa; que la demandante se han visto obligada a desplegar unos gastos de índole administrativos adicionales que no debía soportar y no se encontraban contenidos dentro de los presupuestos técnico- financieros de la UPC.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 108); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1. ADRES: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que, el no pago de los recobros objeto de la demanda se da a raíz del incumplimiento por parte de la EPS demandante de los requisitos esenciales para presentar las solicitudes de recobro ante el FOSYGA, ello debido a que en el trámite de auditoría integral, medica, jurídica y financiera, a los recobros le fueron impuestas glosas que la demandante no logró subsanar, impidiendo así el reconocimiento y pago de los mismos; que a los recobros le fue impuesta glosa por parte del auditor del FOSYGA, por considerar que los mismos se encuentra incluido en el POS y fueron reconocidos a la EPS a través de la UPC; se opone a los intereses moratorios por no estar previstos legalmente. Como excepciones de mérito rotuló las de culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad de la demandada, improcedencia en el pago de intereses moratorios, la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil, y prescripción. (Fols. 109 a 142).

3.2. Ministerio de salud y protección social: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que, el ente ministerial no es competente para ser parte en los procesos judiciales relacionados con el no pago en sede administrativa de recobros presentados por concepto de procedimientos, servicios y medicamentos no incluidos en el POS. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, y la innominada. (Fols. 156 a 168).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de enero de 2021, mediante la cual el Juzgado absolvió a las demandadas ADRES y MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, tanto principales como subsidiarias formuladas por la EPS SANITAS S.A., imponiendo costas a la entidad demandada. (fol. 270 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 289 del 2002, modificado por el artículo 111 del Decreto 19 del 2012, las reclamaciones de cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de diferentes subcuentas del FOSYGA, se deben presentar en el término máximo de un año contado a partir de la fecha de generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento según corresponda.

Del mismo modo, consideró que en la demanda no se reclama el reconocimiento de recobros, sino una indemnización de perjuicios derivada del no pago de esos

recobros, lo cual es un concepto totalmente diferente que no reúne los requisitos legales y respecto del cual no se agotó previamente el trámite administrativo.

Manifestó que, ante la negativa de la demandada en reconocer los recobros, debía la EPS SANITAS acudir al procedimiento para controvertir administrativamente las glosas y acreditar que aquellas eran infundadas para así obtener el pago junto con los intereses de mora, sin que, el no pago de los recobros de lugar a una indemnización o reparación de perjuicios, en la medida en que estos se subsumen en los intereses moratorios, y en el evento de no acudir al procedimiento administrativo, podía acudir al trámite judicial dentro del término de caducidad de la acción de reparación directa, esto es, dentro de los dos años siguientes a la negativa o la glosa, hecho que nunca ocurrió dado que los recobros reclamados por la EPS SANITAS se habrían generado para los años 2014 y 2015 y la acción judicial se elevó exclusivamente en el año 2018, por lo que no resulta procedente su reconocimiento y pago por parte del FOSYGA, tal como lo prevé el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, gravó en costas a la entidad demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por la **EPS SANITAS S.A.** quien manifestó que ante la imposición de glosas, es potestativo de la EPS objetar dichas glosas o puede acudir directamente a la jurisdicción; que frente al tema de la caducidad, adujo que se debe tener en cuenta que este tipo de procesos que conoce la jurisdicción laboral, antes se iniciaron en la jurisdicción contencioso administrativa, y por ello, la demanda esta formulada como si fuera ante esa jurisdicción, pero de allí no se puede concluir que la indemnización de perjuicios derivada del no pago de unos recobros de unas glosas que fueron indebidamente impuestas no sea procedente; que el despacho al momento de resolver el conflicto de competencia pudo haber solicitado la adecuación de la demanda, incluso una vez resuelto, en la calificación se pudo haber inadmitido para qué se enfocara conforme a las normas del derecho laboral y la seguridad social y continuar el trámite, pero no llegar hasta la sentencia para simple y llanamente no encajar la pretensión al procedimiento laboral y proceder a su absolución; que se está aplicando una norma del CPACA, sin tener en cuenta las normas del procedimiento laboral; que se absuelve de las pretensiones por no iniciar las acciones dentro de los términos establecidos para los procesos que se surten en lo contencioso administrativo, sin tener en cuenta que, como bien lo mencionada el despacho, las fechas de los recobros datan de los años 2014 y 2015, en los cuales se hizo una reclamación en el año 2017, y la demanda fue presentada el año 2018, por lo que, si se ciñe a los lineamientos del proceso laboral, se tiene que el término es de tres años y no una caducidad de dos años, ya que se estarían mezclando normas que no tienen aplicación; que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo establece que dicho lapso prescriptivo empieza a contabilizarse desde el momento en el cual la obligación se hace exigible y que se interrumpe por un lapso igual a tres años; que en su momento se acudió al contencioso administrativo bajo el entendido que estos procesos eran conocidos por ellos, pero al suscitarse los conflictos de competencia fue asignado a la jurisdicción laboral, y bajo ese entendido el actuar de la demandante es de buena fe, y por ende, los términos que se deben aplican son los de la jurisdicción laboral y no una mixtura entre el CPACA y el CPTSS; que el Decreto 019 de 2012, no es aplicable en los procesos ordinarios laborales, ya que el mismo hace relación es a la actuación administrativa no judicial. En definitiva, solicita que se revoque la decisión de instancia, y se conceda las pretensiones junto con los intereses y la indexación.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal, ninguna de las partes presentó alegatos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problemas jurídicos. Consisten en establecer: (i) ¿Hay lugar a condenar a la entidad demandada al pago de sumas de dinero por concepto de la prestación de servicios de salud que reclama el establecimiento de salud, promotor del juicio? (ii) ¿El término de prescripción en lo atinente a facturas y cobro por prestación de servicios de salud, es de 3 años de que trata el CPTSS? (iii) ¿Hay lugar a la imposición de los intereses moratorios?

3. Competencia de la jurisdicción laboral. Ab initio, la Sala encuentra necesario precisar que, si bien mediante proveído APL1531-2018 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al dirimir un conflicto de competencia, en un asunto de similares contornos al que aquí concita, referente a recobros de servicios de salud no incluidos en el POS, donde concluyó que: *"Tal circunstancia obliga a considerar que el examen de competencia del presente asunto corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*, lo cierto es que, en el sub examine el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria al resolver el conflicto de competencia entre el Juzgado Sesenta y Tres Administrativo de Oralidad de Bogotá, y el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, asignó el conocimiento del presente asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral. (Fols. 5 a 20 Cuaderno Conflicto de Competencia).

Así mismo, la Corte Constitucional mediante Auto 389-2021 definió que *"la competencia judicial para conocer asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS, hoy PBS, y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"*; no obstante, tal decisión data del 22 de julio de 2021, fecha para la cual, en el sub examine ya se había definido la competencia en la jurisdicción ordinaria laboral por parte del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria **(10 de octubre de 2018)**.

Por lo tanto, le compete a Sala a conocer de este proceso y a darle solución a los problemas jurídicos planteados.

4. Marco legal para el cobro de la prestación de servicios de salud – Carga probatoria. Respecto de las relaciones surgidas entre entidades pagadoras y prestadoras de servicios de salud o asistenciales en lo atinente a los contratos de prestación de servicios, al trámite de glosas, al reconocimiento y pago de los servicios prestados de conformidad con el mecanismo de pago que se adopte, hoy se encuentran reguladas por el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, el parágrafo del artículo 50 y los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011, el Decreto 4747 de 2007, y las Resoluciones 3047 de 2008, 416 y 3253 de 2009. Cumple

puntualizar que, a partir del 19 de enero de 2011, el trámite descrito para pago de facturas a prestadores y glosas se regula por lo dispuesto por la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

El Decreto 4747 de 2007, por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo y se dictan otras disposiciones, define que para efectos de los cobros de dichos servicios se entiende que los prestadores de aquellos son las IPS y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestarlos y que se encuentran habilitados, incluidos los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados, y de otro lado, entidades responsables del pago de dichos servicios, las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales (artículo 3º., literales a) y b)).

En lo relacionado a los mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud, determina cuáles son los de mayor recurrencia, entre estos, el “pago por capitación”, el “pago por evento”, y el “pago por caso”.

Por medio de la Resolución No. 003047 de 2008, el otrora Ministerio de la Protección Social definió los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos por ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, conforme lo ordena el referido Decreto 4747 de 2007, que al respecto en el artículo 12 estatuye:

“Soportes de las facturas de prestación de servicios. Los soportes de las facturas de que trata el artículo 21 del Decreto 4747 de 2007 o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, serán como máximo los definidos en el Anexo Técnico No. 5, que hace parte integral de la presente resolución”.

El Anexo Técnico No. 5 del citado Decreto sobre los soportes de las facturas, en los literales pertinentes establece *a)* una denominación y definición de los soportes, *b)* un listado estándar de soportes de facturas según tipo de servicio para el mecanismo de pago por evento, *c)* un listado estándar de soportes de las facturas para el mecanismo de pago por caso, conjunto integral de atenciones, paquete o grupo relacionado por diagnóstico, *d)* un listado estándar de soportes de las facturas para el mecanismo de pago por capitación, y *e)* un listado de los soportes de las facturas que debe presentar el prestador de servicios, en el caso de recobros a las entidades promotoras de salud del régimen contributivo.

En este orden de ideas, advierte la Sala que esa normativa preferente y especial no estatuye de manera categórica el requisito de la aceptación para que la factura de venta de los servicios de salud o el documento equivalente incorpore la obligación que se cobra, dado que legalmente se consagra que a partir de la radicación de tales documentos por los prestadores de servicios de salud ante las Entidades Promotoras de Salud correspondientes o ante la institución obligada al pago, que incluso pueden enviarse a través de correo certificado, se entienden recibidos para el respectivo trámite y posterior pago, el cual debe efectuarse en los términos establecidos en el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, y que en el evento de que no sean objetados o glosados, o que se subsanen las glosas, también en los términos

estatuidos por el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011, se deberá efectuar la cancelación, y de no ser así, emerge una obligación insoluta a cargo de la entidad obligada al pago por los servicios de salud prestados.

Igualmente, valga la pena traer a colación lo discurrido en la sentencia SL1227-2021, en la que esgrime la normatividad aplicable en esta materia, indicando inicialmente que de conformidad con el artículo 218 y 219 de la ley 100 de 1993 el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, hoy ADRES (Ley 1753 de 2015), cuenta con 4 subcuentas independientes, con las cuales puede dar trámite de reconocimiento y pago de los recobros.

Adicionalmente, trae a la palestra la sentencia T-760 de 2008 para decir que el procedimiento para el recobro debe ser claro, preciso, y ágil, y define el recobro como:

"Ese derecho al recobro surge, por tratarse de un pago realizado por la EPS al que no se encuentra obligado ni legal ni reglamentariamente, y que le acarrearía la falta de flujo en los recursos y por ende, afectación en la sostenibilidad financiera, ya que los dineros que recibe a título de Unidad de Pago por Capitación - UPC, que es el valor per cápita que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada Entidad Promotora de Salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, deben destinarse exclusivamente a costear los servicios de ese plan -POS-. Así, es al Estado, como garante del goce efectivo del derecho a la salud, a quien le corresponde reembolsar los valores gastados por las EPS por conceptos ajenos al POS, con la finalidad de que se garantice la prestación ininterrumpida del servicio a sus afiliados y usuarios".

Igualmente, trae a colación lo establecido en el Decreto 1281 de 2002, artículo 7º, que establece:

"Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios. (Subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, con fundamento en lo dicho y en aplicación del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C. de P. C., hoy 167 del C. G. del P, se establece que es la parte demandante quien atendiendo al postulado *onus probandi* debe demostrar que los servicios de salud fueron efectivamente prestados y que además se llevó a cabo el cobro respectivo ante el FOSYGA, hoy ADRES, y por su parte la demandada, corre con la carga probatoria de demostrar que no hubo prestación del servicio o que existiendo éste, para su cobro no se ciñó a las reglas dispuestas en la Ley para tal efecto.

5. Caducidad. Lo primero que debe resolver la Sala es el tema de la caducidad, ya que este fue el argumento basilar del a quo para impartir la absolución, para lo cual, se trae a colación lo adocctrinado en la sentencia SL15594-2016, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, hace un parangón entre la prescripción y caducidad, de la siguiente manera:

"Pues bien, de los fenómenos jurídicos de caducidad y prescripción surgen claras diferencias, porque mientras la primera tiene un límite temporal de orden público que no se puede renunciar e incluso debe ser declarada de oficio por el juez en cualquier caso, la prescripción es renunciabile, susceptible

de interrupción o suspensión y solo será objeto de pronunciamiento judicial cuando se proponga como excepción.

Otra variación es la que se pone de presente en este asunto, pues mientras que la caducidad está prevista para las acciones que se ventilan ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la prescripción es propia de los trámites del proceso ordinario laboral, de modo que, en uno y otro caso, los jueces están en el deber de aplicar con plena observancia de las formas procesales, las disposiciones adjetivas que de acuerdo con la naturaleza del litigio, la jurisdicción y la competencia corresponda.

Sin embargo, en caducidad y prescripción también convergen características que se impone destacar. De un lado, ambas figuras fueron establecidas por el legislador con la finalidad de impedir que las personas pudieran indefinidamente plantear controversias ante la administración de justicia en detrimento de la seguridad jurídica; por ello, una y otra, están sujetas a un límite temporal”.

Así las cosas, conviene precisar que se equivocó el juez primigenio al despachar de manera desfavorable las pretensiones al aplicar el fenómeno de la caducidad de que trata el CPACA, aduciendo que se superó el término de dos años al ser los recobros del año 2014 y 2015 y haberse propuesto la acción judicial en el año 2018, conclusión que no se aviene al postulado jurisprudencial atrás decantado, dado que al haberse dirigido el proceso por la senda de un proceso ordinario laboral, lo correcto es dar aplicación al fenómeno de la prescripción, siempre que se hubiere propuesto.

Ahora, el a quo hace alusión a lo establecido en el Decreto 019 de 2012, cuyo artículo 111 estatuye el término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA, disponiendo que el FOSYGA reconocerá por una única vez los recobros glosados por extemporaneidad, y *“respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C. C.A., o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante”*; empero, tal disposición hace alusión al trámite administrativo para el recobro por la mencionada glosa a cargo del Fosyga, y no al trámite judicial, último este que se ciñe por *“las formas procesales, las disposiciones adjetivas que de acuerdo con la naturaleza del litigio, la jurisdicción y la competencia corresponda”*, por lo que, no le era dable al juez de primer grado despachar las pretensiones bajo dicha normativa, pues con dicha decisión desconoce que el reclamante y/o recobrante está en la posibilidad de acudir a la jurisdicción para debatir lo que por la vía administrativa le fue negado.

6. Perjuicios en la modalidad de daño emergente. Del mismo modo, resultan equívocas las consideraciones vertidas en primera instancia referidas a que la pretensión no es el recobro en sí mismo, sino los perjuicios por no haberse pagado los recobros por parte del FOSYGA, y en ese orden, errada resulta la conclusión de que no podía resolver la petición sobre los perjuicios sin haber agotado previamente el trámite administrativo, discurrecimiento que no es ajustado a derecho, pues se limitó a ceñirse exegéticamente a la pretensión, sin tener en cuenta la situación fáctica delimitada en la demanda, que lleva indefectiblemente a establecer que el pedimento de SANITAS EPS es obtener el pago de 228 solicitudes de recobro, cuya valor asciende a \$413.529.807, en ese orden, el hecho de que dicha suma se haya solicitado a título de “perjuicios en la modalidad de daño emergente”, no podía

desencadenar en el juzgador la convicción de que lo pedido en realidad son perjuicios y no el recobro de procedimientos, medicamentos, insumos y/o servicios no incluidos entre los beneficios del Plan Obligatorio de Salud – POS, pues a las claras de la integridad de la demandada se extrae que esto último es lo pretendido.

Sobre el punto, resulta oportuno traer a la palestra la sentencia STC6507-2017, en la que la Corte Suprema de Justicia, estudió por la vía de tutela, la decisión de un juez, quien negó las pretensiones de la demanda por cuanto *"se había señalado que se ejercía la «acción de responsabilidad civil extracontractual», cuando lo procedente era ejercer la contractual, en tanto que el reclamo judicial se derivaba de un indebido proceder de la entidad financiera «en lo atinente al contrato comercial que los vinculaba»*.

Al respecto, la Corte señaló:

"Consideraciones que se encuentra desconocen no sólo el deber que tiene el juez de interpretar la demanda para desentrañar su genuino sentido cuando éste no aparezca de forma clara y de resolver de fondo la controversia puesta a su consideración; sino que además faltan al principio fundamental de que el funcionario judicial es el que define el derecho que debe aplicarse en cada proceso «iura novit curia» y no las partes, así como que el derecho a la impugnación.

2.1. Lo anterior, porque el Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la denominación a la acción o tipo de responsabilidad, dado que en virtud del principio iura novit curia las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario.

De ahí, que los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al invocar un tipo de responsabilidad –extracontractual o contractual- deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias, sino a los hechos fundamento de las peticiones.

En tal sentido, la Corte indicó que, «en razón del postulado "da mihi factum et dabo tibi ius" los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial». (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01)".

(...)

*De tal manera que cuando una pretensión se soporta en una **causa petendi** (hechos) que puede encuadrarse en una responsabilidad contractual, el carácter único de la indemnización no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó al señalar que escogía la acción de responsabilidad extracontractual, calificación jurídica del instituto que lo regula. Semejante grado de injusticia e inequidad no ha sido jamás defendido por jurista alguno, ni mucho menos podría llegar a ser admitido por la jurisprudencia".*

En ese orden, llama poderosamente la atención de la Sala que el a quo haya decidido de fondo el asunto con sustento en una cuestión formal al haberse colocado en la pretensión que los \$413.529.807 son a título de perjuicios, sin tener en cuenta que

ese valor está conformado en exactitud por los 274 ítems que hacen alusión a los 228 recobros que en realidad son objeto de discusión; además debe tenerse en cuenta que en esta clase de procesos no han sido pacífica la postura respecto a la jurisdicción y competencia, la cual fue radicada en el presente asunto en la jurisdicción laboral luego de suscitarse el conflicto negativo de competencia, por ello, no puede desconocerse que la demanda está formalmente redactada para ser presentada ante la jurisdicción administrativa, lo cual no hace nugatorias las pretensiones en la jurisdicción laboral, pues se itera, que se trata de un aspecto meramente formal y no sustancial de lo que en realidad se discute y debe resolverse.

7. Aspectos formales del trámite administrativo del recobro de servicios de salud. En lo tocante a este tema al que hace alusión la encartada en su defensa, debe tenerse en cuenta que se está acudiendo a la vía judicial en la medida en que no fue posible el reconocimiento y pago a través de la vía administrativa, y por lo tanto, lo único que debe entrar la Sala a verificar es si se encuentra acreditada la factura, la prestación del servicio y el trámite general para el recobro, por ejemplo, si las glosas estuvieron fundadas o no, pero se itera, en este estadio judicial, poco o nada interesa el aspecto formal de sí el formato de reclamación se diligenció correctamente o no, máxime que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 es claro en disponer que la entidad obligada al pago, *"no podrá condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios"*, lo que significa que la demostración efectiva de la prestación del servicio es lo que verdaderamente interesa en la litis, pues ello determinará si hay lugar al reembolso de los gastos sufragados por la EPS, con la finalidad de no afectar a los actores del sistema general de seguridad social, y de paso, garantizar el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población en general (Decreto 1281 de 2002).

8. Facturas glosadas, objeción y excepción de prescripción. Esgrime la entidad demandada que las glosas impuestas son fundadas y que por ello no hay lugar a proferir condena; no obstante, previo al análisis de las glosas, por efectos prácticos, al haberse propuesto la excepción de prescripción por parte de la encartada (Fols. 138 vuelto), se adentrará la Sala a estudiar dicho medio exceptivo.

Para este efecto, se considera que el cobro y la ejecución de las obligaciones derivadas de la prestación de servicios de salud, debe estudiarse de conformidad con las disposiciones laborales y de seguridad social pertinentes, y no bajo los postulados comerciales o civiles, pues aquellos están llamados a regular otro tipo de relaciones entre los particulares, pero no entre entidades del sistema de seguridad social, razón por la que, al existir norma especial como lo es el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S., y artículo 488 del C.S.T, que establece el término trienal en materia laboral y de la seguridad, resulta imperiosa su aplicación, aunado a que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha decantado (SL9373-2017) que en tratándose de la excepción de prescripción *"resulta improcedente cualquier remisión a la normativa civil, pues la analogía en asuntos del trabajo se encuentra autorizada siempre que no exista una norma aplicable al caso"*.

Aclarado lo anterior y para mejor proveer, se tiene que la demanda se presentó el 11 de abril de 2018 (Fol. 99), lo que daría lugar en línea de principio a considerar que estarían afectadas por la prescripción las acciones correspondientes a los recobros presentados con anterioridad al 11 de abril de 2015; empero, como los recobros objeto de pretensión datan de los años 2011, 2012 y 2013, es decir, cuya

fecha de prestación de los servicios ocurrió con anterioridad al 11 de abril de 2015, es necesario verificar si se interrumpió la prescripción por una vez, luego de que la obligación se hizo exigible, ello de conformidad con el artículo 6 del CPTSS.

Sobre este tema, el artículo 57 de la ley 1438 de 2011 dispone que el trámite de los recobros es el siguiente:

"Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas nuevamente a la entidad responsable del pago.

Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas".

Bajo ese panorama, una vez revisados los recobros en el sub examine, se tiene que en algunos se presentó o radicó el recobro, y no se presentó objeción, haciéndose exigible la obligación, por lo que se debía acudir a la jurisdicción a cobrar lo correspondiente a más tardar dentro de los tres años siguientes a la negativa por parte del ADRES; en otros recobros, ante la negativa de su reconocimiento (glosa) se presentó objeción por parte de la EPS, y por ende, debe entender la Sala que el término prescriptivo empieza a contar desde que se resuelve la objeción o se ratifica la glosa por parte del ADRES, pues mientras se agota el trámite administrativo el término prescriptivo se suspende, ya que, *"mientras estén pendientes de resolverse los medios impugnativos, no puede decirse que la reclamación administrativa está agotada"*(Radicación No 37251 de 2012, reiterada en la SL431-2020).

No	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Fecha Prestación servicio	Fecha Radicación MYT 01 y 02	Fecha notificación glosa MYT 01 y 02	Fecha radicación objeción MYT04	Fecha ratificación glosa MYT04	NOVEDAD
1	106646516	1430610063349	2013-07-29	12/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
2	101473121	1420603044268	2011-11-15	17/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
3	101688684	131060323093	2012-12-22	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
4	101689042	131060407910	2013-01-23	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
5	25808903	111034501443	2011-08-26	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
6	101688540	131060307550	2013-01-04	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
7	101688630	131060316683	2012-12-03	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
8	101688576	131060311985	2012-12-12	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
9	101688692	131060323908	2012-12-27	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
10	54421494	132060300544	2011-08-17	12/04/2013	18/06/2013	17/09/2013	24/01/2014	PRESCRITO

11	55614837	1320608200387	2011-11-08	13/08/2013	18/10/2013	20/01/2014	31/03/2014	PRESCRITO
12	56187218	1320609201466	2011-10-24	16/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
13	106817876	1430612023175	2013-08-08	15/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
14	106817880	1430612023179	2013-09-05	15/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
15	106817883	1430612023182	2013-09-30	15/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
16	106817885	1430612023184	2013-10-31	15/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
17	25808629	111031111544	40596	14/06/2013	16/08/2013	19/11/2013	17/02/2014	PRESCRITO
18	105804097	1430610061904	2013-08-02	16/10/2014	02/12/2014	.	.	PRESCRITO
19	101688766	131060402368	2013-01-09	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
20	25792849	111033600896	2011-09-16	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
21	25792880	111034500076	2011-08-19	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
22	101688601	131060314071	2012-12-03	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
23	101688695	131060324311	2012-12-20	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
24	101689019	131060406899	2013-01-24	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
25	101688439	131060207722	2012-11-13	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
26	54748426	1320605102766	2012-03-22	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
27	101688622	131060316240	2012-12-05	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
28	101688475	131060302580	2013-01-17	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
29	101688577	131060311990	2012-12-17	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
30	25792675	111030908183	2011-02-25	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
31	25808692	111032800077	2011-05-19	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
32	101688463	131060301261	2013-01-18	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
33	101688746	131060400557	2013-01-11	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
34	54750147	1310605200057	2012-01-19	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
35	54750147	1310605200057	2012-01-19	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
36	101688461	131060301186	2013-01-18	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
37	101688526	131060306819	2012-12-10	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
38	54749857	1310605200122	2011-07-21	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
39	54749857	1310605200122	2011-07-21	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
40	25808629	111031111544	40596	14/06/2013	16/08/2013	19/11/2013	17/02/2014	PRESCRITO
41	54749988	1310605200256	2011-12-02	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
42	26004683	122031008300	2012-07-08	12/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
43	25792928	121031200183	2012-03-13	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
44	106911802	1310309055352	2013-08-16	15/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
45	101689076	131060410931	2013-02-01	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
46	101689080	131060411151	2012-12-03	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
47	56067006	1340609059046	2012-02-16	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
48	56069380	1340609068044	2012-06-25	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
49	56069362	1340609068026	2012-05-17	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
50	56067001	1340609059041	2011-12-05	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
51	56067004	1340609059044	2012-03-07	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
52	56067071	1340609059111	2012-01-30	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
53	56069360	1340609068024	2012-02-01	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
54	56069366	1340609068030	2012-07-04	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
55	56069370	1340609068034	2012-07-09	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
56	56069371	1340609068035	2012-07-09	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
57	54748410	1320605102749	2012-03-01	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
58	54748374	1320605102713	2012-03-10	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
59	54748374	1320605102713	2012-03-10	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
60	101688634	131060316980	2012-12-03	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
61	101688790	131060404905	2013-01-08	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
62	56067047	1340609059087	2012-03-08	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
63	101688791	131060404958	2013-01-04	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
64	106817783	1430612023016	2013-10-16	15/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
65	54748393	1320605102732	2012-01-26	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
66	57587988	111064200360	2011-10-18	16/12/2013	27/03/2014	.	.	PRESCRITO
67	101688578	131060311997	2012-12-18	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO

68	101688675	131060322066	2012-12-26	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
69	101688757	131060401702	2013-01-23	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
70	25808850	111034002265	2011-10-21	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
71	100417449	111061176691	40619	20/01/2014	09/06/2014	.	.	PRESCRITO
72	101688503	131060305386	2013-01-09	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
73	101689041	131060407821	2013-01-21	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
74	25808938	111034700345	2011-11-30	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
75	25808723	111032800886	2011-07-13	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
76	106645477	1310611026970	2013-10-05	12/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
77	101688478	131060302735	2013-01-21	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
78	101688478	131060302735	2013-01-21	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
79	101688478	131060302735	2013-01-21	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
80	56069249	1340609067913	2011-12-23	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
81	56069336	1340609068000	2012-03-23	13/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
82	101688558	131060309828	2012-12-15	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
83	25792655	111030200694	2011-01-05	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
85	101688537	131060307165	2012-12-05	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
85	55078940	1320606060759	2011-09-15	17/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
86	25808940	111034700503	2011-11-29	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
87	25808989	111034901062	2011-12-29	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
88	101688542	131060307796	2012-12-07	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
89	25792675	111030908183	2011-02-25	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
90	25792928	121031200183	2012-03-13	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
91	101688743	131060400033	2013-01-11	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
92	101688524	131060306766	2013-01-08	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
93	57103439	111064208467	2011-11-04	15/11/2013	04/02/2014	.	.	PRESCRITO
94	101561738	1420603202699	41215	17/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
95	101561738	1420603202699	41227	17/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
96	101688495	131060304219	2013-01-18	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
97	101689020	131060406904	2013-01-28	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
98	101688538	131060307278	2013-01-08	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
99	101688637	131060317131	2012-12-06	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
100	25792675	111030908183	2011-02-25	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
101	56187187	1320609201395	2011-12-22	16/09/2013	20/11/2013	17/02/2014	07/06/2014	PRESCRITO
102	52846575	12206092344	2011-11-17	14/11/2012	01/02/2013	17/04/2013	24/04/2014	PRESCRITO
103	57103433	111064012342	2011-10-19	15/11/2013	04/02/2014	.	.	PRESCRITO
104	54749886	1310605200151	2011-10-25	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
105	54749886	1310605200151	2011-10-25	15/05/2013	22/07/2013	17/10/2013	06/03/2014	PRESCRITO
106	101688485	131060303388	2013-01-17	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
107	101688496	131060304234	2013-01-22	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
108	101688509	131060305974	2013-01-09	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
109	101688535	131060307133	2012-12-05	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
110	101688636	131060317130	2012-12-03	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
111	101688713	131060325905	2012-12-22	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
112	101689027	131060407287	2013-01-29	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
113	101688546	131060308010	2012-12-14	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
114	101688674	131060322009	2012-12-27	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
115	101688759	131060401867	2013-01-24	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
116	25808819	111034002228	2011-08-19	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
117	25671366	121031101184	2012-03-14	12/04/2013	18/06/2013	17/09/2013	24/01/2014	PRESCRITO
118	25671366	121031101184	2012-03-14	12/04/2013	18/06/2013	17/09/2013	24/01/2014	PRESCRITO
119	25671366	121031101184	2012-03-14	12/04/2013	18/06/2013	17/09/2013	24/01/2014	PRESCRITO
120	55078945	1320606060764	2011-11-18	17/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
121	26159097	1330311042772	2011-12-10	14/11/2013	04/02/2014	.	.	PRESCRITO
122	57587992	111064205934	2011-11-04	16/12/2013	27/03/2014	.	.	PRESCRITO
123	57587992	111064205934	2011-11-04	16/12/2013	27/03/2014	.	.	PRESCRITO
124	57587992	111064205934	2011-11-04	16/12/2013	27/03/2014	.	.	PRESCRITO

125	25808849	111034002264	2011-10-20	14/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
126	25792821	111032601185	2011-07-02	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
127	57103382	111061073801	2011-02-25	15/11/2013	04/02/2014	.	.	PRESCRITO
128	25792880	111034500076	2011-08-19	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
129	25800295	121060700399	2012-01-30	13/06/2013	15/08/2013	19/11/2013	14/02/2014	PRESCRITO
130	101688785	131060404562	2013-01-23	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
131	101688754	131060401368	2013-01-23	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
132	106840927	1310607030438	2013-06-18	15/12/2014	18/02/2015	.	.	PRESCRITO
133	57103439	111064208467	2011-11-04	15/11/2013	04/02/2014	.	.	PRESCRITO
134	101688711	131060325818	2012-12-24	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
135	101688711	131060325818	2012-12-24	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
136	101688635	131060317084	41253	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
137	101688658	131060320598	2012-12-04	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
138	101688719	131060326372	2012-12-26	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO
139	101688663	131060320995	2013-01-24	20/03/2014	17/07/2014	.	.	PRESCRITO

De esta manera se evidencia que 139 recobros de los 274 se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción extintiva de que trata el artículo 151 del CSTSS, ya que la data de la glosa y/o resolución de la objeción es anterior al 11 de abril de 2015, y en ese sentido, se absolverá al ADRES del reconocimiento y pago de los mismos.

Ahora, la EPS SANITAS S.A. allega documentales que reposan a folios 65 a 79 y 80 a 98, fechadas el 19 de diciembre de 2017 y 20 de abril de 2017, respectivamente, rotuladas con el asunto “reclamación administrativa”; sin embargo, dichos legajos no pueden tenerse en cuenta para efecto del estudio de la prescripción, ya que de conformidad con el artículo 489 del CST, la interrupción de la prescripción opera por una sola vez en tratándose de obligaciones que no son de tracto sucesivo (SL1571-2021), como acontece con los recobros aquí estudiados, en los que su exigibilidad opera en un solo momento, esto es, una vez se cubrió el suministro y/o la prestación de procedimientos, medicamentos, insumos y/o servicios, por lo que, corresponderían a una nueva solicitud que no tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción.

9. Facturas glosadas no afectadas por prescripción. De lo expuesto, resta el estudio de los 135 recobros que no están afectos por el fenómeno prescriptivo, por lo que, para mejor proveer se organizan por la glosa que tengan en común, para luego determinar su procedencia o no de manera concreta.

9.1. Solicitud extemporánea. La glosa más común que se presenta en casi todos los recobros, tiene que ver con *"1-01--Solicitud de Recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002"*, la cual, constituye una glosa de carácter administrativo, y por ende, a pesar de que se rechazó su pago por no haberse presentado la reclamación en el término máximo de un año, de que trata el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, esta no conformidad pierde sustento en la vía judicial como se analizó en líneas anteriores, en consecuencia, al no estar cubiertas con el manto de la prescripción, resulta procedente su reconocimiento y pago en esta instancia.

En esta situación se encuentran 3 recobros que tienen como única causal la de extemporaneidad, los cuales se relacionan a continuación:

No. recobro	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Fecha Prestación servicio	Fecha Radicación MYT 01 y 02
57590748	121061000937	131.040,00	2012-02-27	16/12/2013
57590736	121060905955	78.060,00	2012-02-22	16/12/2013
57590927	121062400569	321.600,00	2012-06-12	16/12/2013
TOTAL		530.700,00		

Frente a estos recobros debe precisar la Sala que no se procedió a revisar la efectiva prestación del servicio u cualquier otra circunstancia, dado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Resolución No 3047 de 2008, las entidades responsables del pago *"no podrán crear nuevas causas de glosas o de devolución"*, y en ese sentido, como sobre tales recobros solo obra esa causal de glosa, se concluye que es procedente su reconocimiento y pago, máxime cuando el ADRES está facultado para presentar sobre un mismo recobro varias glosas o glosas combinadas, sin que procediera de conformidad.

Se advierte que los restantes 132 recobros que faltan por revisar, tienen glosas combinadas, en las que también se encuentra la de extemporaneidad, por lo que se excluirá de cada recobro el análisis de la estudiada no conformidad y se efectuará el examen de las restantes.

9.2. Usuario no registrado en BDUA. La siguiente glosa que se reporta es la de *"3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BDUA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio"*, en ese sentido, se procede a contrastar cada uno de los recobros (Cd- Fol. 270 – imágenes) con la base de datos BDUA, a efecto de determinar si para la fecha de prestación del servicio que se quiere recobrar por parte de la EPS, la persona se encontraba fallecida o retirada de la EPS, aspecto trascendental, ya que en tales eventos no podría ordenarse el pago.

Lo primero que se precisa al respecto, es que se encontraron 22 recobros que deben verificarse la base de datos BDUA, y dentro de esos 22, existen 8 recobros con glosa combinada, es decir, se incluye una glosa adicional consistente en *"el monto a reconocer presenta diferencias"* y *"existe error en los cálculos de recobro"*, por lo que, en estos recobros, de llegarse a establecer la no procedencia de la primera glosa, se verificará la segunda. Para mejor proveer, se relaciona en el siguiente cuadro:

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Fecha Prestación Servicio	BDUA	Descripción de la Glosa	GLOSA DIFERENCIA MONTOS
1	26154389	121033500923	149.200,00	2012-08-30	3/09/2022	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	
2	57080908	1320611203728	24.369,00	2012-08-06	8/08/2012	2-25 Cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDUA, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio	

3	57021531	121063000734	195.720,00	2012-07-16	13/09/2022	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	
4	102611828	1430605026005	19.360,00	2013-07-15	2/09/2013	1703--El monto a reconocer presenta diferencias, 1301--El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio	
5	26232054	111031618315	6.763.007,00	2011-04-29	NO APARECE	3-11--El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	FUE ENTREGADO FACTURA
6	105834180	1430310062267	77.665,00	2013-08-22	4/09/2013	1301--El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio	
7	105834262	1430310062349	1.479.000,00	2013-04-11	ACTIVO	1301 El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio. 1703 El monto a reconocer presenta diferencias	\$ 1.480.500
8	100201610	1430601027298	7.371,00	2012-09-22	3/12/2012	1301--El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio	
9	56793144	1320611201812	17.725,00	2011-12-05	5/12/2011	2-25 Cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDU, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio	
10	105834262	1430310062349	46.424,00	2013-04-11	ACTIVO	1301 El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio. 1703 El monto a reconocer presenta diferencias	\$ 46.844,00
11	105834262	1430310062349	163.534,00	2013-04-11	ACTIVO	1301 El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio. 1703 El monto a reconocer presenta diferencias	\$ 163.954,00
12	105834262	1430310062349	163.534,00	2013-04-11	ACTIVO	1301 El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio. 1703 El monto a reconocer presenta diferencias	\$ 163.954,00
13	105834262	1430310062349	163.534,00	2013-04-11	ACTIVO	1301 El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio. 1703 El monto a reconocer presenta diferencias	\$ 163.954,00
14	105834262	1430310062349	163.534,00	2013-04-11	ACTIVO	1301 El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio. 1703 El monto a reconocer presenta diferencias	\$ 163.954,00
15	26154389	121033500923	70.372,00	2012-08-30	3/09/2022	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	
16	57103503	121061409892	338.305,00	2012-04-02	NO APARECE	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	FUE ENTREGADO FACTURA
17	57103474	121060205106	55.739,10	2012-01-11	ACTIVO	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio 4-01 Existe error en los cálculos del recobro	FUE ENTREGADO FACTURA - \$56.129
18	57591037	121063801575	41.220,00	2012-09-14	ACTIVO	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad	FUE ENTREGADO FACTURA

						recobrante para el periodo de la prestación del servicio	
19	57591090	121064206242	41.220,00	2012-10-12	ACTIVO	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	FUE ENTREGADO FACTURA
20	57021484	121061601563	196.827,00	2012-04-16	9/06/2016	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	
21	105834181	1430310062268	154.080,00	2013-08-28	4/09/2013	1301--El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio	
22	57103474	121060205106	80.988,92	2012-01-11	ACTIVO	3-11 El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio 4-01 Existe error en los cálculos del recobro	FUE ENTREGADO FACTURA - \$68.800
SUB TOTAL			10.412.729,02				
TOTAL			10.400.540,10				

De lo relacionado, se constata que la fecha de prestación de los servicios o entrega de medicamentos fue anterior al fallecimiento o reporte de novedad de retiro en el BDU A, por lo que, ninguna glosa prospera; otros tantos se relacionan como activos, en la medida en que aún siguen apareciendo como activos en el SGSSS, aunado a ello, se constata en las “imágenes” o archivos de cada uno de los recobros que les fue prestado el servicio o entregado el medicamento en la fecha que se establece en la tabla, es decir, la glosa aplicada no es fundada, y si bien en el recobro No 56793144 la fecha de retiro del BDU A coincide con el mismo día de la entrega del medicamento o servicio, ello aconteció porque el afiliado falleció ese mismo día 05 de diciembre de 2011.

Ahora, descartada la prosperidad de la primera no conformidad, se estudia en los 8 recobros la glosa respecto al valor recobrado, encontrando que las facturas contienen el valor de los servicios o medicamentos suministrados a los afiliados, y si bien existen unas diferencias en el monto, aquellas son superiores a las recobradas, por lo que, se reconocerá el valor que la EPS SANITAS está solicitando, pues mal haría la Sala en reconocer un mayor valor al pretendido, con excepción del recobro No 57103474, respecto del cual se pretende el reembolso de \$80.988,92, toda vez que la factura se generó por valor de \$68.800, por lo que al existir una diferencia de \$12.188,92 debe descontarse del total recobrado, es decir, que a los \$10.412.729,02 se le restan los \$12.188.92, generando un valor a reconocer de **\$ 10.400.540,10**.

Recapitulando, de los 135 recobros cuya acción no está cubierta con el fenómeno de la prescripción, se han analizado hasta el momento 25 recobros, por lo que se continuará el análisis de los restantes 110 recobros, de la siguiente manera.

9.3. Diferencias en el monto. El siguiente recobro corresponde a la glosa "*1703-El monto a reconocer presenta diferencias*". Para dilucidar lo correspondiente se proceden a revisar cada una de las imágenes o recobros (Cd- Fol. 270 – imágenes), contrastándolas con las facturas, de esta manera, si se encontrare que el valor facturado es superior al pedido por la parte demandante, se reconocerá el valor pretendido, y si se encontrare que la factura contiene un menor valor que el peticionado, se reconocerá el registrado en la factura, veamos:

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Valor factura o recobro	Valor a reconocer
1	103323363	1410606000534	\$ 35.192,00	\$ 44.992,00	\$ 35.192,00
2	103658443	1410307000892	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
3	105404892	1310609051091	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
4	105404874	1310608039518	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
5	105596158	1430610023793	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
6	105596270	1430610023906	\$ 33.692,00	\$ 44.992,00	\$ 33.692,00
7	105597438	1430610024477	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
8	105597754	1430610024794	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
9	105597778	1430610024818	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
10	106520602	1310605002349	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
11	106520159	1310606025144	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
12	106414952	1310609039024	\$ 35.992,00	\$ 44.992,00	\$ 35.992,00
13	106434081	1310609067002	\$ 78.684,00	\$ 89.984,00	\$ 78.684,00
14	101688440	131060208360	\$ 106.135,00	\$ 108.600,00	\$ 106.135,00
15	105804070	1430610061877	\$ 560.010,00	\$ 564.720,00	\$ 560.010,00
16	102061801	131060212128	\$ 177.610,00	\$ 180.510,00	\$ 177.610,00
17	106414962	1310610099588	\$ 79.800,00	\$ 82.500,00	\$ 79.800,00
18	102061816	131060308316	\$ 127.800,00	\$ 130.500,00	\$ 127.800,00
19	106075495	1430311029908	\$ 12.558,00	\$ 19.028,00	\$ 12.558,00
20	102061801	131060212128	\$ 52.380,00	\$ 52.980,00	\$ 52.380,00
21	103186453	131060309055	\$ 33.260,00	\$ 36.710,00	\$ 33.260,00
22	106520142	1310603912337	\$ 72.700,00	\$ 73.420,00	\$ 72.700,00
23	106520140	1310603912253	\$ 72.700,00	\$ 73.420,00	\$ 72.700,00
24	106520230	1310607002686	\$ 937.522,00	\$ 942.232,00	\$ 937.522,00
25	105595977	1430610023612	\$ 937.522,00	\$ 942.233,00	\$ 937.522,00
26	102608071	1420605201606	\$ 4.827.800,00	\$ 4.400.000,00	\$ 4.400.000,00
27	103186512	131060314530	\$ 55.020,00	\$ 57.360,00	\$ 55.020,00
28	106520256	1310607017202	\$ 55.020,00	\$ 57.360,00	\$ 55.020,00
29	106519238	1310610115231	\$ 8.780,00	\$ 9.560,00	\$ 8.780,00
30	105834238	1430310062325	\$ 6.479.950,00	\$ 6.484.140,00	\$ 6.479.950,00
31	105834252	1430310062339	\$ 6.479.890,00	\$ 6.484.140,00	\$ 6.479.890,00
32	105597667	1430610024707	\$ 4.083.270,00	\$ 4.085.220,00	\$ 4.083.270,00
33	101472960	1410603046836	\$ 172.842,00	\$ 217.458,00	\$ 172.842,00
34	101688432	131060102134	\$ 208.758,00	\$ 217.458,00	\$ 208.758,00
35	104563237	1430608067646	\$ 172.842,00	\$ 217.458,00	\$ 172.842,00
				TOTAL	\$ 25.793.857,00

En ese orden, por los 35 recobros glosados por diferencias en el monto, hay lugar a reconocer y pagar la suma de **\$25.793.857.**

Así las cosas, al restar los analizados 35 recobros de los 110 que establecimos anteriormente, quedan pendientes de analizar 75 recobros, como a continuación se detalla.

9.4. Requisitos formales de la factura de venta. De esos 75 recobros, 8 corresponden a la glosa de *"405--La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida"*, lo que conlleva a remitirnos a lo establecido en el artículo 10 de la Resolución 3099 de 2008, en la que, entre otros requisitos formales exige *"Copia simple de la factura de venta o documento equivalente, expedida por el proveedor, la cual debe cumplir los requisitos del Estatuto Tributario y especificar (...)"*, es decir, se trata de una glosa formal, y como

quiera que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 establece que la entidad pagadora “no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios”, lo procedente es verificar si en estos recobros se encuentra la factura, la entrega o prestación del servicio y el monto específico que está recobrando, lo que se logra extraer de la siguiente tabla:

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Factura	Suministro del servicio	Valor	Novedad
1	102285746	1420604203233	\$20.096.208,00	16 No 4690096	SI	\$24.046.510,00	
2	101473069	1420603044216	\$32.388.300,00	16 No 4612407	SI	\$39.430.840,00	
3	100894787	1420602201850	\$32.252.264,00	16 No 4546073	SI	\$38.280.330,00	
4	104105525	1420603201422	\$33.973,00	01 No 981175	SI	\$49.335.839,00	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO
5	105804107	1430610061914	\$1.529.640,00	FAR100000001419761	SI	\$ 120.900,00	
6	105653025	1440310053179	\$498.599,00	No 22 0125684	SI	\$ 2.167.826,00	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO
7	105598034	1430610025074	\$89.430,00	FAR100000001410911	SI	\$ 89.550,00	
8	101473074	1420603044221	\$2.817.554,00	No 113 335469	SI	\$ 3.791.810,00	
SUB TOTAL			89.705.968,00				
TOTAL RECONOCER			87.764.656,00				

De lo anterior se concluye que los recobros si cuentan con la factura, el nombre del afiliado y los conceptos objeto de recobro; sin embargo, tenemos que en los recobros 102285746, 101473069, 100894787, 105598034, 101473074, se allega la factura por un mayor valor, por lo que, solo es procedente reconocer el valor cobrado por la parte accionante; frente al recobro 105804107, en la factura allegada se observa que se cobra un mayor valor al contenido en la factura, por ende, solo se reconocerá el valor que contiene le título valor, máxime cuando se evidencia la entrega del medicamento, y en ese sentido, la glosa combinada de este recobro no sale adelante; y frente a los recobros 104105525 y 105653025, si bien se allegan las facturas, no se especifica el concepto del valor que está recobrando, quedando la Sala en total incertidumbre de si en esos valores globales están incluido los que aquí se pretenden.

Así las cosas, descartada la no conformidad, le corresponde a la accionada reconocer un total de **\$87.764.656.**

Restando los 8 recobros a los 75 faltantes, quedan por estudiar 67, como sigue en líneas posteriores.

9.5. No consistencia en las fechas. De esos 67 recobros, 21 corresponden a la glosa de "1001—Las fechas de solicitud del médico tratante, autorización y/o prestación no son consistentes", lo que conlleva a delinear que se trata de una glosa formal, y como quiera que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 establece que la entidad pagadora “no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando

se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios”, lo correspondiente es verificar si en estos recobros se encuentra la factura, la entrega o prestación del servicio y el monto específico que está recobrando, lo que se logra extraer de la siguiente tabla:

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Factura	Valor	Se otorgó el servicio y/o medicamento	Segunda glosa
1	105804041	1430610061848	\$ 24.700,00	FAR100000001236514	\$ 25.200,00	SI	
2	105804041	1430610061848	\$ 24.700,00	FAR100000001236514	\$ 25.200,00	SI	
3	105804041	1430610061848	\$ 24.700,00	FAR100000001236514	\$ 25.200,00	SI	
4	105804055	1430610061862	\$ 4.735.250,00	FAR100000001067837	\$ 4.755.550,00	SI	
5	105804034	1430610061841	\$ 35.082,00	FAR100000001057994	\$ 35.982,00	SI	
6	101688438	131060207116	\$ 23.966,00	FAR10000000971148	\$ 24.066,00	SI	
7	101688438	131060207116	\$ 167.762,00	FAR10000000971148	\$ 168.462,00	SI	
8	101688438	131060207116	\$ 158.662,00	FAR10000000971148	\$ 168.462,00	SI	
9	105804034	1430610061841	\$ 113.600,00	FAR100000001057994	\$ 114.500,00	SI	
10	101688482	131060303049	\$ 3.359.854,00	FAR10000000983214	\$ 3.482.730,00	SI	
11	105804026	1430610061833	\$ 134.490,00	FAR100000001177681	\$ 135.120,00	SI	
12	105804038	1430610061845	\$ 131.580,00	FAR100000001230054	\$ 132.210,00	SI	
13	105804066	1430610061873	\$ 105.600,00	FAR100000001279312	\$ 106.500,00	SI	
14	100417445	111061065489	\$ 18.700,00	FAR10000000246990	\$ 18.545,00	SI	Diferencia con factura - menor valor
15	100417445	111061065489	\$ 381,00	FAR10000000246990	\$ 416,00	SI	
16	101688438	131060207116	\$ 98.615,00	FAR10000000971148	\$ 98.850,00	SI	
17	101688450	131060300285	\$ 258.190,00	FAR100000009711853	\$ 282.480,00	SI	Diferencia a favor ADRES
18	105804062	1430610061869	\$ 40.178,00	FAR100000001268566	\$ 40.380,00	SI	
19	107802502	1530602068241	\$ 129.450,00	FAR100000001515111	\$ 130.350,00	SI	
20	105804076	1430610061883	\$ 3.474.540,00	FAR100000001314013	\$ 3.532.380,00	SI	
21	101688693	131060324002	\$ 2.237.524,00	FAR100000001013101	\$ 2.293.064,00	SI	
SUBTOTAL			\$ 15.297.524,00				
TOTAL			\$ 15.297.369,00				

Conforme a la anterior relación, resulta evidente que se allegó en cada uno de los 21 recobros la factura y se constata la entrega del medicamento y/o prestación del servicio, razón por la cual, la no conformidad respecto a las inconsistencias en las solicitudes, autorizaciones y prestaciones es netamente formal, pues el servicio fue suministrado por le EPS y debe reconocerse conforme al valor registrado en las facturas, pues si bien existen unas diferencias en el monto, aquellas son superiores a las recobradas, por lo que, se reconocerá el valor que la EPS SANITAS está recobrando, pues mal haría la Sala en reconocer un mayor valor a lo pretendido, a excepción del recobro No 100417445, en el que se recobra \$18.700, pero en la factura aparece el valor de \$18.545, es decir, existe una diferencia de \$155, valor

que se disminuye del total recobrado, esto es, a los \$15.297.524 se le resta los \$155, generando un valor a reconocer de **\$ 15.297.369.**

Así entonces, restando los 21 recobros analizados a los 67 faltantes, quedan por estudiar 46, como se sigue a continuación.

9.6. Criterios para proceso de auditoría. De esos 46 recobros, 20 corresponden a la glosa de "2002--El Criterio Observado será incluido para el proceso de Auditoría Concurrent", lo que conlleva a delinear que se trata de una glosa que es nuevamente revisada en el trámite administrativo de conformidad con la Resolución No 2482 de 2013; empero, como estamos ante el trámite judicial, de conformidad con el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 debe entrarse a verificar "*la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios*", lo que se logra extraer de la siguiente tabla:

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Factura	Se otorgó el servicio y/o medicamento	Valor	Observación glosa	Segunda glosa - monto
1	107991079	1520600100057	\$ 2.230.468,00	HUN0000005491	SI	\$ 2.950.000,00	CTC HOSPITALARIO, fecha de egreso hospitalario.	
2	105597735	1430610024775	\$ 156.240,00	FAR100000001353960	SI	\$ 158.640,00	Acta de CTC Nro (201308035) no registra nombre y firma de uno o más de los integrantes del CTC, indicando número de registro médico de cada uno.	
3	100964854	1420602202550	\$ 1.360,00	01 No 1572200	SI	\$ 2.630.770,00	CTC HOSPITALARIO, fecha de egreso hospitalario.	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO
4	100964854	1420602202550	\$ 264.281,00	2 No 1572200	SI	\$ 2.630.770,00	CTC HOSPITALARIO, fecha de egreso hospitalario.	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO
5	100964854	1420602202550	\$ 597.220,00	3 No 1572200	SI	\$ 2.630.770,00	CTC HOSPITALARIO, fecha de egreso hospitalario.	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO
6	100964854	1420602202550	\$ 214.864,00	4 No 1572200	SI	\$ 2.630.770,00	CTC HOSPITALARIO, fecha de egreso hospitalario.	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO

7	10288087 4	13106070019 9	\$ 30.200,00	FAR100000001043 040	SI	\$ 37.100,00	Acta de CTC Nro (05001- 20121122165) no registra nombre y firma de uno o más de los integrantes del CTC, indicando número de registro médico de cada uno.	
8	10288069 3	13106050033 14	\$ 40.483,00	FAR100000001124 434	SI	\$ 50.563,00	Acta de CTC Nro (11001- 20130219383) no registra nombre y firma de uno o más de los integrantes del CTC, indicando número de registro médico de cada uno.	
9	10077756 4	14206022015 15	\$ 181.168,00	No 1697480	SI	\$18.443.055,00	CTC HOSPITALARI O, fecha de egreso hospitalario.	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO
10	10580401 9	14306100618 26	\$ 7.000.120,00	FAR100000001156 091	SI	\$ 7.064.760,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
11	10580402 8	14306100618 35	\$ 3.476.840,00	FAR100000001197 030	SI	\$ 3.532.380,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
12	10580402 9	14306100618 36	\$ 3.476.840,00	FAR100000001197 132	SI	\$ 3.532.380,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
13	10580405 6	14306100618 63	\$ 3.476.840,00	FAR100000001258 391	SI	\$ 3.532.380,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
14	10580407 4	14306100618 81	\$ 3.476.840,00	FAR100000001306 012	SI	\$ 3.532.380,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
15	10288096 3	13106101054 4	\$ 18.980,00	FAR100000001115 265	SI	\$ 22.025,00	Acta de CTC Nro (11001- 20130105779) no registra nombre y firma de uno o más de los integrantes del CTC, indicando número de registro médico de cada uno.	
16	10288062 9	13106039175 90	\$ 45.030,00	FAR100000001088 248	SI	\$ 45.840,00	Acta de CTC Nro (76001- 20130220038) no registra nombre y firma de uno o más de los integrantes del CTC, indicando	

							número de registro médico de cada uno.	
17	105804344	1440610062160	\$ 75.174,00	PC-06743245	SI	\$ 37.652,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
18	105597044	1430610024083	\$ 86.570,00	FAR100000001248517	SI	\$ 86.700,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
19	105597044	1430610024083	\$ 86.570,00	FAR100000001248517	SI	\$ 86.700,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
20	105597044	1430610024083	\$ 86.570,00	FAR100000001248517	SI	\$ 86.700,00	CONTROL PACIENTES HEMOFÍLICOS Y REMATOIDEO S.	AUTORIZADO CTC
SUB TOTAL			\$ 25.022.658,00					
TOTAL			\$ 23.726.243,00					

Del contenido de la anterior tabla se concluye que se allegó en cada uno de los 20 recobros la factura y se constata la entrega del medicamento y/o prestación del servicio, razón por la cual, la glosa con la que se pretende someter el recobro a una nueva auditoría es formal y corresponde al trámite administrativo, pues el servicio fue suministrado por le EPS y debe reconocerse conforme al valor registrado en las facturas, pues si bien existen unas diferencias en el monto, aquellas son superiores a las recobradas, por lo que, se reconocerá el valor que la EPS SANITAS está recobrando, pues mal haría la Sala en reconocer un mayor valor a lo pretendido, a excepción del recobro No 105804344, en el que se pretende la suma de \$75.174, pero la factura fue emitida por valor de \$37.652, por lo que se reconocerá este último valor; y frente a los 4 recobros 100964854 y el 100777564, si bien se allegan las facturas, no se discrimina el valor que está recobrando, quedando la Sala en total incertidumbre de si en esos valores globales están incluido los que aquí se pretenden.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la observación que presentan las glosas de nueva auditoría concurrente, hace relación a aspectos formales del acta del CTC, y cuestiones formales de la solicitud de recobro, razón por la que en sede judicial no prosperan.

Así las cosas, por este concepto, una vez realizadas las operaciones corresponde reconocer un total de **\$23.726.243.**

De esta manera, al restar los 20 recobros estudiados a los 46 faltantes, quedan por estudiar 26, como se sigue a posteriori.

9.7. Servicio por accidente de tránsito. De esos 26 recobros, 06 corresponden a la glosa de "1-10 Cuando el servicio prestado corresponda a una consecuencia de accidente de tránsito y no se hayan agotado los topes SOAT, y "1101--La tecnología en salud No POS es consecuencia de un accidente de tránsito", por lo que resulta

pertinente traer a colación lo establecido por la Corte Constitucional al respecto, entre otras, en la sentencia T-1138 de 2008:

"Cuando ocurre un accidente de tránsito, todos los establecimientos hospitalarios o clínicos, privados o públicos, tienen la obligación de prestar la atención médica en forma integral a los accidentados, desde la atención inicial de urgencias hasta su rehabilitación final, lo cual comprende hospitalización, suministro de material médico, quirúrgico, osteosíntesis, órtesis y prótesis, suministro de medicamentos, tratamiento y procedimientos quirúrgicos, servicios de diagnóstico y rehabilitación. Para esto, dichos establecimientos no podrán exigir a los pacientes prueba de su capacidad de pago, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el Decreto 663 de 1993.

(...)

Aunque el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, se encuentre agotado, la institución prestadora de los servicios de salud que suministre la atención médica inicial, tiene la obligación de procurar la conservación y mejoramiento del estado de salud de los lesionados y de garantizar, en lo posible, su recuperación definitiva. Esto por cuanto, el derecho a la salud de las víctimas prevalece sobre los derechos de rango legal que se encuentren en discusión en estos casos y, porque, en todo caso, el legislador diseñó las acciones judiciales adecuadas a fin de que las instituciones prestadoras de los servicios de salud repitan contra las personas naturales o jurídicas responsables, por los gastos que excedan las coberturas y los montos previstos en la ley".

En el caso concreto, debe tenerse en cuenta que los medicamentos y/o servicios asumidos por la EPS SANITAS S.A. son producto de órdenes impartidas dentro de sentencias de tutela, en las que se evidencia que corresponden a tratamiento integral como consecuencia de accidentes de tránsito ocurridos hace ya bastante tiempo, y en las que ni siquiera los jueces constitucionales hicieron referencia al tema de la cobertura del SOAT, razón por la cual, considera la Sala que tales recobros resultan procedentes; incluso en las acciones de tutela se deja abierta la posibilidad de que la EPS recobre contra el FOSYGA por los medicamentos y/o servicios prestados.

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Factura	Valor	Novedad
1	26159340	1340311043449	458.109,00	CR 4532	\$460.309,00	Tutela - Tratamiento integral posterior al AT
2	26159027	1330311042701	17.390,00	FAR100000000819055	\$ 29.150,00	Tutela - Tratamiento integral posterior al AT
3	26159027	1330311042701	37.840,00	FAR100000000819055	\$ 58.300,00	Tutela - Tratamiento integral posterior al AT
4	26159027	1330311042701	46.540,00	FAR100000000819055	\$ 58.300,00	Tutela - Tratamiento integral posterior al AT
5	26159103	1330311042778	75.840,00	SSF100000000187070	\$ 75.550,00	Tutela - Tratamiento integral posterior al AT
6	105834239	1430310062326	59.250,00	FAR100000000803266	\$ 61.350,00	Tutela - Tratamiento integral posterior al AT
SUB TOTAL			694.969,00			
TOTAL			694.679,00			

Conforme a la anterior relación, se colige que se allegó en cada uno de los 6 recobros la factura y se constata la entrega del medicamento y/o prestación del servicio, razón por la cual, debe reconocerse el recobro a la EPS, y en tal sentido, debe reconocerse conforme al valor registrado en las facturas, advirtiendo que si bien existen unas diferencias en el monto, aquellas son superiores a las recobradas, por lo que, se reconocerá el valor que la EPS SANITAS está recobrando, pues mal haría la Sala en reconocer un mayor valor a lo pretendido, a excepción del recobro No 26159103 por el que se solicita la suma \$75.840, cuando en la factura aparece el valor de \$75.550, es decir, existe una diferencia de \$290, valor que se disminuye del total recobrado, esto es, a los \$694.969 se le resta los \$290, generando un valor a reconocer de **\$694.679.**

Restando los 6 recobros a los 26 faltantes, quedan por estudiar 20, los cual se analizan a continuación.

9.8. No se aporta fallo de tutela. De esos 20 recobros, 5 corresponden a la glosa de "201--El fallo de tutela no se aporta o no contiene la información requerida, 1703--El monto a reconocer presenta diferencias", lo que conlleva a remitirnos a lo establecido en el artículo 11 de la Resolución 3099 de 2008, en la que entre otros requisitos, se exige "Copia del fallo de tutela (...)", y como quiera que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 establece que la entidad pagadora "no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos **a la existencia de autorización previa** o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios", lo correspondiente es verificar si en estos recobros se allegó la sentencia proferida dentro la acción de tutela, siendo tal requisito basilar en esta clase de glosas, pues cuando la EPS debe suministrar un medicamento y/o procedimiento en cumplimiento de una acción de tutela, la misma adquiere la connotación de ser la autorización de lo que está recobrando y por lo tanto, es fundamental su aporte en el recobro, o dicho en otros términos, no puede constituir el fallo de tutela un requisito meramente formal, toda vez que en su contenido se encuentra el sustento jurídico de la procedencia o no del servicio y/o medicamento que debe otorgar la EPS en favor del afiliado.

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Factura	Valor	Tutela
1	104585714	1430308068614	\$ 935.222,00	FAR100000001285537	\$942.232,00	NO
2	26222171	1330312066960	\$ 6.850,00	SSF0000000312380	\$ 9.871,00	SI
3	26222173	1330312066963	\$ 22.901,00	FAR10000000801099	\$ 19.742,00	SI
4	26222173	1330312066963	\$ 11.450,00	FAR10000000801099	\$ 9.871,00	SI
5	26222171	1330312066960	\$ 17.000,00	SSF0000000312380	\$ 18.621,00	SI
SUBTOTAL			\$ 993.423,00			
TOTAL			\$ 53.463,00			

En el cuadro se observa que se allegó la factura en cada uno de los 5 recobros y se constata la entrega del medicamento y/o prestación del servicio, así como también se encuentran los fallos de tutela que ordenaron la entrega de medicamentos y/o servicios a favor de los afiliados de cada uno de los recobros, a excepción del recobro 104585714, en la que no se encuentra adjunto, y por ello, este no sale avante. En los restantes, si bien existen unas diferencias en el monto, aquellas son superiores a

las recobradas, por lo que, se reconocerá el valor que la EPS SANITAS está recobrando, a excepción de los 2 recobros No 26222173, en la que se recobra \$22.901 y \$11.450, pero en la factura aparece el valor de \$19.742 y \$9.871, es decir, existe una diferencia de \$3.159 y \$1.579, valor que se disminuye del total recobrado, generando un valor a reconocer de **\$ 53.463**.

En ese orden, restando los 5 recobros a los 20 faltantes, quedan por estudiar 15, el cual se seguirán analizando posteriormente.

9.9. El recobro presenta ítem con causal de rechazo o devolución. De esos 15 recobros, 5 corresponden a la glosa de "4-01 Existe error en los cálculos del recobro 4-05 Uno o varios ítems incluidos en el recobro presenta alguna causal de rechazo o devolución", lo que conlleva a remitirnos a los recobros para verificar con la factura y la base de datos cual es la causal de rechazo o devolución, encontrando lo siguiente:

#	No. Radicad o Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Factura	Valor	Novedad	Acta CTC o actuación
1	57103488	121061104176	69.070,00	SSF-000000081300	\$ 70.770,00	El medicamento, servicio, elemento o insumo fue entregado antes de la realización del CTC y no es una situación de urgencia Según el Acta del CTC la fecha de solicitud es (16/02/2013) y la fecha de entrega del medicamento es (08/03/2012)	01/03/2012
2	26249215	1320312067155	952.936,00	FCV611679	\$11.801.867,00	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO	
3	57103488	121061104176	91.560,00	SSF-000000081300	\$ 92.190,00	NO PRESENTA CAUSAL DE RECHAZO	
4	26159100	1330311042775	8.761,00	SSF-0000000222302	\$ 22.951,00	Los medicamentos, servicios, elementos o insumos (BIOTIN 1000MCG CAP SUNDOWN FCO X 60) objeto de la solicitud, no están ordenados en los fallos de tutelas que se anexa	Tutela tratamiento integral- medicamentos
5	26159100	1330311042775	86.640,00	SSF-0000000222303	\$ 86.940,00	Los medicamentos, servicios, elementos o insumos (CILOSTAL ® 100 MG) objeto de la solicitud, no están ordenados en los fallos de tutelas que se anexa	Tutela tratamiento integral- medicamento s
SUBTOTAL			1.208.967,00				
TOTAL			256.031,00				

De lo antecedente resulta claro que se allegó en cada uno de los 5 recobros la factura y se constata la entrega del medicamento y/o prestación del servicio, en los que en efecto se presenta error en los cálculos de recobro al contrastarlos con lo establecido en la factura; no obstante, el valor de la factura es superior al que está recobrando la EPS, y en ese sentido se condenará al valor pedido por SANITAS EPS, a excepción del recobro 26249215 que difiere del valor de la factura, ya que se coloca un valor global por medicamentos, imposibilitando a la Sala determinar si allí se encuentra o no incluido lo reclamado a través de esta vía. Se debe precisar que en lo tocante al

recobro 57103488 se aprecia como causal de rechazo que el medicamento se entregó antes de la realización del CTC, empero, de los soportes de tal recobro se extrae que el CTC se realizó el 01 de marzo de 2012, es decir, antes de la entrega del medicamento, razón por la cual hay lugar a este reembolso; en lo que concita al recobro 57103488 no se observa causal de rechazo en particular sobre lo allí cobrado, sino sobre otros conceptos de la factura, por lo que debe reconocerse, con la salvedad de que existe diferencia entre lo pedido y lo que se enuncia en la factura y frente a los otros 2 recobros 26159100, el rechazo consiste en que no está expresamente el medicamento en la acción de tutela, pero no tiene en cuenta la entidad demandada que la acción de tutela ordena el tratamiento integral incluyendo el suministro de medicamentos cuyo valor se está recobrando, por lo que prospera su reconocimiento.

Así las cosas, por este concepto, una vez realizadas las operaciones, corresponde reconocer un total de **\$256.031**.

Ahora, restando los 5 recobros a los 15 faltantes, quedan por estudiar 10.

9.10. Tecnología no consistente con el recobro. De esos 10 recobros, 3 corresponden a la glosa de "0801--La tecnología recobrada no es consistente en los diferentes soportes del recobro", lo que conlleva a delinear que se trata de una glosa formal, y como quiera que el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002 establece que la entidad pagadora "*no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios*", lo correspondiente es verificar si en estos recobros se encuentra la factura, la entrega o prestación del servicio y el monto específico que está recobrando, lo que se logra extraer de la siguiente tabla:

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Factura	Valor	Novedad
1	100201607	1430601027288	19.015,00	FAR100000000801814	\$ 42.050,00	El recobro es por Albendazol y la factura es de Vitalux Plus
2	102829720	1420605203244	550.400,00	01 No 2188135	\$2.981.225,00	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO
3	102829720	1420605203244	626.014,00	2 No 2188135	\$2.981.225,00	NO DETALLA EL VALOR DE LO RECOBRADO
SUBTOTAL			1.195.429,00			
TOTAL			0,00			

Conforme a lo anterior, considera la Sala que a pesar de allegarse factura en cada uno de los recobros, no coincide lo pedido por recobro con lo facturado, como en el recobro 100201607, en el que se solicita un valor por concepto de medicamento (Albendazol) y la factura contiene uno diferente (Vitaluz plus), y en ese sentido, ante la incertidumbre e inconsistencia en la información, sale adelante esta glosa; en lo relacionado con los restantes dos recobros contenidos en el radicado 102829720, a pesar de encontrarse la factura, la misma contiene un valor total de medicamentos que hace imposible saber con exactitud si allí se encuentra el valor recobrado por la EPS SANITAS, y en ese sentido, también debe impartirse absolución.

Bajo ese horizonte, por este concepto, no hay suma alguna que reconocer. Ahora, restando los 3 recobros a los 10 faltantes, quedan por estudiar 7.

9.11. No evidencia de entrega de tecnología en salud. De esos 7 recobros, 2 corresponden a la glosa de "501--No se evidencia la entrega de la tecnología en salud No POS objeto de recobro", lo que conlleva a delinear lo establecido en el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002, esto es, que la entidad pagadora "no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, **y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios**", lo correspondiente es verificar si en estos recobros se encuentra la factura, y la entrega o prestación del servicio, lo que se logra extraer de la siguiente tabla:

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Prestación del servicio	Factura
1	102606943	1420605200323	210.531,00	2013-02-18	No 113 356649
2	105804282	1440610062093	582.860,00	2013-01-14	No 101239183
TOTAL			793.391,00		

Conforme a lo relacionado, considera la Sala que en cada uno de los recobros se allega la factura con el sello de "CANCELADO" con fecha de la prestación del servicio o entrega de medicamento, es decir, que la glosa no está llamada a prosperar, además tal factura cumple con los presupuestos del artículo 10 de la Resolución 3099 de 2009, pues de lo contrario se hubiera glosado también por la causal de no cumplir los requisitos formales, en ese sentido, debe reconocerse **\$793.391** a favor de la EPS SANITAS.

Ahora, restando los 2 recobros a los 7 faltantes, quedan por estudiar 5.

9.12. Recobro sin factura. De los 5 recobros, 4 corresponden a la glosa de "1-04 No se anexa al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación", lo que conlleva a delinear lo establecido en el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002, esto es, que la entidad pagadora "no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, **y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios**", lo correspondiente es verificar si en estos recobros se encuentra la factura, y la entrega o prestación del servicio, lo que se logra extraer de la siguiente tabla:

#	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Fecha Prestación Servicio	Entregado
1	56852847	121063704689	\$ 18.465,00	2012-09-14	SI-E8303539
2	57587798	111061179827	\$ 1.461.957,00	2011-03-28	SI-FIRMA DE RECIBIDO EN FARMASANITAS
3	57587797	111061179576	\$ 1.256.330,00	2011-03-22	SI-FIRMA DE RECIBIDO EN FARMASANITAS

4	57587797	111061179576	\$ 1.256.330,00	2011-03-24	SI-FIRMA DE RECIBIDO EN FARMASANITAS
TOTAL			\$ 3.993.082,00		

Conforme al anterior cuadro, considera la Sala que en cada uno de los recobros se allega la factura con el sello de "CANCELADO" con fecha de la prestación del servicio o entrega de medicamento, además se tiene que sí fueron recibidos los medicamentos o servicios por los afiliados, pues nótese que los recobros 57587797 y 57587798 contienen la firma de recibido del afiliado del medicamento y/o servicio en Farmasanitas, por lo que a pesar de que no exista la factura del proveedor dirigida a la EPS SANITAS, debe tenerse en cuenta que se acredita la "efectiva prestación del servicio" o entrega del medicamento, en ese sentido, debe reconocerse **\$3.993.082** a favor de la EPS SANITAS.

9.13. Suministro de medicamento anterior a solicitud de médico tratante.

Finalmente, restando los 4 recobros a los 5 faltantes, queda por estudiar 1, que corresponden a la glosa de "2-12 La fecha de solicitud del médico tratante es posterior al suministro del medicamento, servicio médico o prestación", lo que conlleva a delinear lo establecido en el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002, esto es, que la entidad pagadora "no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, **y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios**", lo correspondiente es verificar la fecha de entrega o prestación del servicio, lo que se logra extraer de la siguiente tabla:

No	No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	No. Consecutivo interno recobro	Valor de Recobro	Fecha Prestación Servicio	Acta CTC	Autorización
1	57590676	121060705737	\$182.239,96	2012-02-14	27/04/2011	14/02/2012
TOTAL			\$182.239,96			

Del contenido anterior, considera la Sala que la glosa no prospera, dado que la autorización del médico respecto al medicamento suministrado al afiliado deviene de lo establecido o autorizado por el CTC desde el 27 de abril de 2011, es decir, que la prestación del servicio o entrega del medicamento es producto de una autorización previa por parte del CTC, y por ello, debe la entidad demandada reconocer y pagar a la EPS SANITAS el valor recobrado por ese servicio, esto es, **\$182.239,96**.

10. Condena por recobros. De todo lo anteriormente expuesto, una vez realizada la sumatoria de los recobros cuyo reconocimiento y pago es procedente, tenemos que el ADRES debe pagar a la EPS SANITAS el valor total de **\$169.486.251,06**, como se detalla en la siguiente tabla:

CONCEPTOS (GLOSAS)	VALOR
1	\$ 530.700,00
2	\$ 10.400.540,10
3	\$ 25.793.857,00
4	\$ 87.764.656,00
5	\$ 15.297.369,00
6	\$ 23.726.243,00

7	\$	694.679,00
8	\$	53.463,00
9	\$	256.031,00
10	\$	793.391,00
11	\$	3.993.082,00
12	\$	182.239,96
TOTAL	\$	169.486.251,06

11. Intereses moratorios. El Decreto 4747 de 2007, en su artículo 24 dispuso: *"RECONOCIMIENTO DE INTERESES. En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto-ley 1281 de 2002. (...).*

Igualmente, el Decreto Legislativo 133 de 2010, Art. 1, parágrafo 1, dispuso que *"las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades responsables del pago de los servicios de salud deberán presentarse a más tardar dentro de los doce (12) meses siguientes a la terminación de la prestación del servicio. Vencido este término no habrá lugar a presentar la reclamación ni al reconocimiento de intereses ni otras sanciones pecuniarias, sin perjuicio de las acciones ordinarias"*

Como puede verse, los intereses moratorios en esta clase de procesos se generan en el supuesto en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva o la presentación de las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante los responsables del pago de los servicios de salud no cumplan con los términos que establece la Ley, criterio que fue también expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1227-2021, en la que se avaló el reconocimiento de los condignos intereses de mora, por lo que de entrada la Sala considera que no le asiste razón a la defensa al manifestar que los mismos solo proceden cuando se realizan reclamaciones en la vía administrativa y no judicial.

Pese a su procedencia en el ámbito del proceso judicial, en la presente Litis no hay lugar a condenar al ADRES por dicho concepto, dado que las glosas que inicialmente propuso el ADRES no fueron del todo infundadas, pues solo a través del proceso judicial y con la revisión de cada uno de los recobros se llegó a dilucidar en cuales le asiste derecho a su reconocimiento y pago, además, a pesar de que la totalidad de glosas corresponden a temas formales, lo cierto es que, desde lo formal la EPS SANITAS no relacionó en debida forma los valores a recobrar, encontrando la Sala diferencias que solo en el transcurso del proceso y a través de esta senda judicial se lograron determinar, sopesando o dando mayor trascendencia a **"la demostración efectiva de la prestación de los servicios"**, frente a los aspectos formales.

Igualmente considera la Sala que, en líneas generales por esa misma ponderación realizada respecto a la formalidad sobre la prestación del servicio es que se logró el reconocimiento y pago de los recobros, ya que desde el punto de vista formal la mayoría de las glosas se encuentran acordes al trámite administrativo, es decir, se encuentran justificadas, cuestión diferente es que en la senda judicial lo formal no representa una razón suficiente para negar los recobros.

Por lo anterior, considera la Sala que no hay lugar a ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios pedidos por la activa, debiéndose confirmar la decisión de instancia.

12. Indexación. Se impartirá confirmación a la condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, esto es, que “*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*”, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá el ADRES cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de recobros (**\$169.486.251,06**) debidamente indexadas, actualización que opera a partir de la prestación del servicio, data en la que se hizo exigible la obligación y se empieza a producir la devaluación o pérdida del poder adquisitivo del dinero producto del recobro. Así las cosas, la indexación va desde la fecha en que se prestó el servicio en cada uno de los recobros aquí ordenados y hasta cuando se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

Finalmente, respecto de la pretensión de gastos administrativos en la que incurrió la EPS SANITAS para efectos de adelantar el trámite de los recobros, cumple acotar que son improcedentes, dado que corresponde a una de las actividades propias de la EPS SANITAS el efectuar los recobros ante el FOSYGA, sin que el hecho de que esta última le haya negado el pago por la vía administrativa configure a título indemnizatorio el reconocimiento de tales gastos, pues ni la ley ni la jurisprudencia han determinado la procedencia de esta clase de pretensiones, aunado a que, se itera, el trámite administrativo del recobro es reglado, y no por el hecho de que se le hayan glosado ciertos recobros da lugar a castigar a la entidad pagadora con los gastos en que incurre la parte recobrante en ejercicio de su función de elevar reclamaciones ante el FOSYGA, y menos aún en el caso concreto, donde la mayoría de las glosas fueron netamente formales amparadas normativamente.

Frente a las excepciones de mérito propuestas, por sustracción de materia se declaran no probadas, a excepción de la de prescripción que se declara parcialmente.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria de la sentencia de primer grado, para en su lugar declarar que el FOSYGA, hoy ADRES debe reconocer y pagar a la EPS SANITAS S.A., los recobros que resultaron procedentes, de conformidad con lo expuesto en líneas anteriores.

13. Costas. En esta instancia a cargo del ADRES y a favor de la EPS SANITAS S.A., por haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se revocan y corren a cargo de la demandada ADRES. Tásense.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió al ADRES, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES, a pagar a favor de EPS SANITAS S.A. la suma de **\$169.486.251,06** por concepto los recobros de acuerdo con las consideraciones atrás vertidas.

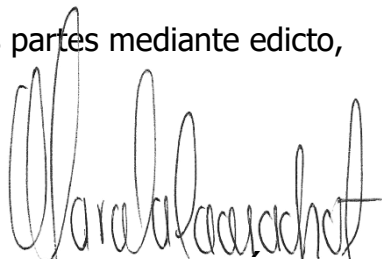
SEGUNDO: ORDENAR la indexación de cada uno de los recobros que componen el valor de \$169.486.251,06, desde la prestación del servicio en cada uno de los recobros aquí ordenados y hasta cuando se cancele la obligación.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de las glosas cuya exigibilidad es anterior al 11 de abril de 2015. Las demás excepciones se declaran no probadas por sustracción de materia.

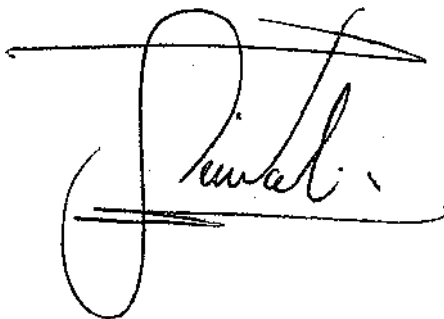
CUARTO: ABSOLVER al Ministerio de Salud y Protección Social de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo del ADRES y a favor de la EPS SANITAS. Las costas de primera instancia se revocan y correrán a cargo del ADRES. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

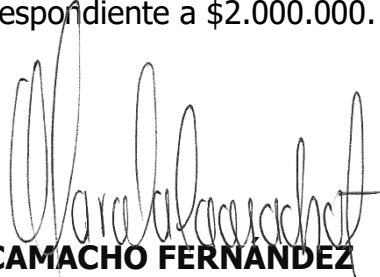


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas a cargo del **ADRES**, fijándose como agencias en derecho en favor de la **EPS SANITAS** en la suma de 2 SMLMV, correspondiente a \$2.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JUAN CAMILO SIERRA SIERRA
Demandado: ECOPETROL S.A.
Radicación: 11001-3105-010-2019-00124-01.
Tema: FUERO CIRCUNSTANCIAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JUAN CAMILO SIERRA SIERRA instauró demanda ordinaria contra ECOPETROL S.A., con el propósito de que se condene a la demandada al reintegro al mismo cargo que desempeñaba al momento de producirse el despido o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de salarios dejados de cancelar desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro; que se ordene el pago de los aportes a la seguridad social en salud y pensiones; se declare sin solución de continuidad el contrato de trabajo, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que mediante contrato a término indefinido laboró para la sociedad demandada desde el 13 de diciembre de 2017 hasta el 09 de noviembre de 2018, cuyo último cargo desempeñado fue de Profesional 1 VTH, con una asignación salarial de \$16.500.000; que el 08 de noviembre de 2018 la sociedad demandada le comunicó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, frente a lo cual el 16 de noviembre de 2018 solicitó el reintegro al mismo cargo por encontrarse bajo el amparo legal del artículo 25 del DL2351 de 1965, pero le fue negado a través de respuesta del 15 de enero de 2019; que mediante acta No 1-07 del 14 de febrero de 2014 inscrita ante el Ministerio del Trabajo, se creó la organización sindical denominada Asociación Sindical de Profesionales de Ecopetrol S.A.- ASPEC; que el 01 de junio de 2018 la organización sindical ASPEC presentó a ECOPETROL S.A. un pliego de peticiones a nombre de sus afiliados, el cual, ECOPETROL S.A. se negó a negociar, por lo que, ASPEC presentó querrela administrativa ante el Ministerio del Trabajo el 19 de junio de 2018; que el 04 de agosto de 2018 se instaló la negociación del pliego de peticiones; que el 03 de septiembre de 2018 las partes prorrogaron la negociación del pliego; que el 21 de septiembre de 2018 se vencieron los términos legales de la negociación, sin llegar a ningún acuerdo de los puntos del pliego; que el 04 de octubre de 2018, ASPEC, teniendo en cuenta que es un sindicato minoritario, solicitó al Ministerio del Trabajo la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de que se resolviera los puntos sobre los cuales no se llegó a acuerdo; que mediante resolución No 4596 del 23 de octubre de 2018 el Ministerio del Trabajo negó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, decisión sobre la cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resueltos a través de resolución No 5648 del 13 de diciembre de 2018, con fundamento en que dichos recursos son improcedentes; que ASPEC presentó recurso de queja, pero a la fecha de

presentación de la demanda no ha sido resuelto; que al momento del despido se encontraba vigente el conflicto colectivo, toda vez que no se había firmado una convención colectiva y no se había expedido Laudo Arbitral con el cual se hubiera puesto fin a una negociación colectiva; que el 26 de junio de 2018 ASPEC informó a ECOPETROL S.A. la afiliación del demandante a la organización sindical ASPEC; que la asociación sindical no ha abandonado el conflicto colectivo desde la presentación del pliego de peticiones efectuado el 01 de junio de 2018 (Fols. 171 a 184).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso. (Expediente electrónico, PDF 03- Fols. 188 a 189)

3. Contestación ECOPETROL S.A.: En lo que interesa a la causa, se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el actor para el 09 de noviembre de 2018, fecha de terminación del contrato no gozaba de fuero circunstancial, ya que el Ministerio del Trabajo mediante resolución No 4596 del 23 de octubre de 2018 (acto administrativo no susceptible de recursos) dispuso negar la convocatoria del Tribunal de Arbitramento solicitada por ASPEC, además señaló las actas suscritas por las organizaciones sindicales ASTECO, SINPROECOP, ASPEC y ECOPETROL al interior de la negociación colectiva, evidencian el respeto de la pluralidad de pliegos, y que el conflicto colectivo se dirimió a través de la suscripción de la convención colectiva depositada el 28 de septiembre de 2018 ante la Dirección del Ministerio del Trabajo, razón por la cual, no hay lugar al reintegro solicitado. Como excepciones previas rotuló la de falta de causa e inexistencia de la obligación, por inexistencia de la acción de reintegro, cobro de lo no debido, pago, prescripción y la genérica. (Fol. 191 a 206).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de julio del 2022, en la que la falladora declaró no probada la tacha sobre la parcialidad del testimonio del señor Henry Rivera; declaró ineficaz el despido unilateral y sin justa causa realizado por ECOPETROL S.A. al señor JUAN CAMILO SIERRA SIERRA, a partir del 09 de noviembre de 2018, en consecuencia, ordenó el reintegro del demandante al cargo que desempeñaba al momento del despido o, a otro igual o superior categoría, junto con el pago de salarios y aportes a la seguridad social en pensión desde el momento en que quedó cesante y hasta cuando sea restituido; declaró no probadas las excepciones propuestas; autorizó a ECOPETROL S.A. que de las sumas que deba pagar por salarios al demandante, descuente la suma de \$10.779.289 que se pagaron por indemnización por despido sin justa causa. Finalmente, gravó en costas a ECOPETROL S.A.

Para arribar a tal decisiva, empezó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si al momento de la terminación del contrato de trabajo, el actor se encontraba amparado por el fuero circunstancial de que trata artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965.

Determinó en síntesis que el sindicato ASPEC presentó un pliego de peticiones el 01 de junio de 2018, al cual se dio trámite de conformidad con lo establecido en el Decreto 089 de 2014, es decir, de manera unificada con el pliego de peticiones presentado por otras organizaciones sindicales; sin embargo, agotada la etapa de arreglo directo el 21 de septiembre de 2018, se llegó a un acuerdo con el sindicato mayoritario y otros sindicatos, suscribiéndose la convención colectiva 2018-2022, y en la que el sindicato ASPEC no logró resolver el diferendo y por tanto, acudió al Ministerio del Trabajo el 04 de octubre de 2018 solicitando la convocatoria de un tribunal de arbitramento a fin de

que se resolvieran los puntos en que no llegaron a acuerdo, siendo negado tal pedimento a través de la resolución No 4597 del 23 de octubre de 2018, decisión respecto de la cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, a pesar de que la misma señalaba que contra dicha resolución no proceden recursos, y por ello, mediante resolución No 5648 del 13 de diciembre de 2018 se negaron los recursos por improcedentes. Que posteriormente se interpone recurso de queja por ASPEC, y el Ministerio del Trabajo mediante resolución 2410 de 2019, decide revocar la resolución 5648 del 13 de diciembre de 2018, ordenando devolver las diligencias al Viceministro de Relaciones Laborales para que resolviera los recursos contra la resolución No 4597 del 23 de octubre de 2018.

Manifestó que el Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección expidió la resolución No 5491 del 09 de diciembre de 2019, mediante la cual revoca la resolución No 4596 del 23 de octubre de 2018 ordenando la continuación del trámite de la solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento, decisión que fue corregida a través de la resolución 5640 del 18 de diciembre de 2019. Igualmente, hizo referencia a que ECOPETROL S.A. contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación y paralelamente una solicitud de nulidad, última esta que fue decidida a través de la resolución 2295 del 1 de septiembre de 2021, revocando la resolución No 5491 del 09 de diciembre de 2019 y la resolución 5640 del 18 de diciembre de 2019, ordenando notificar en debida forma la resolución 2410 de 2019, para luego resolver lo atinente al recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por ASPEC contra la resolución No 4597 del 23 de octubre de 2018.

De lo expuesto, y en relación con el conflicto colectivo suscitado por ASPEC y tramitado bajo lo dispuesto en el Decreto 089 de 2014, concluyó que *"si bien es cierto el citado decreto la finalidad del mismo es crear la unificación en los pliegos de peticiones de las diferentes organizaciones sindicales en los casos en que exista esa pluralidad de pedimentos en una sola mesa de concertación para la solución del conflicto obrero patronal, tenemos que la existencia de esa única mesa no necesariamente puede ser una imposición a los intervinientes que se quieren someter a las decisiones que se toman por el sindicato mayoritario y la mayoría de los sindicatos que participan, recordemos que esto implicaría una afectación de los principios de libertad y autonomía sindical garantizados por los artículos 373 numerales 1, 2 y 3 y artículo 374 del CST y los artículos 39 y 55 la Constitución Política"*.

Adujo que no se puede concluir que se terminó el conflicto colectivo de Ecopetrol y ASPEC por la celebración de esta convención colectiva de trabajo 2018-2022, ya que el Decreto 089 de 2014 no impone que se tenga que someter el sindicato minoritario a las decisiones de las demás organizaciones sindicales, por el contrario el conflicto colectivo de Ecopetrol y ASPEC seguía vigente dado que la asociación sindical ASPEC el día 3 de octubre de 2018, radicó ante el Ministerio del Trabajo, solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento obligatorio para que dirima el conflicto colectivo entre ASPEC y Ecopetrol S.A., es decir, el conflicto iniciado el 1 de junio de 2018 seguía vigente en Ecopetrol.

Que no se puede argüir como defensa la confianza legítima en lo decidido por el Ministerio del Trabajo en la Resolución No 4596 del 2018, dado que debía el empleador demostrar que el conflicto colectivo había terminado; sin embargo, de las pruebas allegadas ello no se demuestra, ya que era fundamental acreditar la ejecutoria de dicha resolución o su firmeza, y como quiera que es un acto administrativo al cual si le era posible interponerle los recursos de reposición y apelación, mismos que a la fecha de la sentencia no han sido resueltos, concluye que para la fecha en que se terminó el

contrato de trabajo (09 de noviembre de 2018) el conflicto colectivo estaba vigente, máxime que brilla por su ausencia dentro del proceso un acta final de etapa de arreglo directo con ASPEC.

Adujo que el hecho de que se haya aplicado como afirma Ecopetrol la convención colectiva 2018-2022, suscrita con los otros sindicatos, no necesariamente quiere decir que se haya terminado el conflicto colectivo con ASPEC. Asimismo, no ha existido un abuso del derecho por parte de ASPEC, esto porque no ha sido ASPEC el que ha mantenido de manera indefinida el conflicto, sino que ha acontecido por un actuar del Ministerio del Trabajo que es quien debe convocar al Tribunal de Arbitramento o tomar una decisión definitiva de si hay lugar a este o no, decisión que aún no se ha tomado, por el contrario, ASPEC actuó diligentemente en las actuaciones administrativas ante el Ministerio del Trabajo.

Finalmente, en relación con la excepción de prescripción señaló que el despido fue el 9 de noviembre del 2018, y que de manera inmediata se elevó una reclamación, la cual fue respondida en el 2019, y como quiera que la demanda se radicó el 15 de febrero de 2019, no transcurrió el termino prescriptivo establecido en el artículo 151 del CPTSS.

(Fol. 1 a 2 archivo No 39 con Audiencia virtual)

4.1 Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **demandada** formuló recurso de alzada alegando que sí debe ser vinculante lo señalado por el Comité de Asuntos Colectivos de la OIT, ya que se pronunció respecto de una queja presentada por ASPEC frente a la negociación colectiva del año 2014, además ello fue lo que generó confianza legítima frente a la nueva negociación en la que, en similares términos, el sindicato ASPEC no suscribió la convención colectiva 2014-2018 y se dijo que no era procedente la convocatoria del tribunal de arbitramento, ello en vista de que se suscribió una convención colectiva que aplica a todos los trabajadores sindicalizados, incluidos los miembros de ASPEC; que no se tuvo en cuenta los precedentes conductuales de ASPEC, dado que hizo lo mismo en la negociación colectiva del año 2014, lo que conllevaría a establecer que ese conflicto colectivo aún seguiría vigente, y aún así, en el año 2018 inicia un nuevo conflicto colectivo, sin que ello haya sido tenido en cuenta por el a quo, lo que genera un abuso del derecho; que el conflicto colectivo finalizó debido a que los afiliados al sindicato ASPEC se beneficiaron de la convención colectiva 2018-2022, pues de lo contrario debía renunciar a la aplicación de tal convención en la medida en que el conflicto con ese sindicato aún no se ha resuelto; que en el pliego de peticiones solo se piden permisos y derechos para la organización sindical en cuanto a sus directivos, es decir, no se puede hablar de reivindicaciones en ese pliego que estuvieren pendientes de resolver; que es claro que existía confianza legítima para ECOPETROL S.A., dado que el Ministerio del Trabajo debía negar los recursos interpuestos por tratarse de un acto de mero trámite, además habían unas circunstancias que ya habían sido resueltas por la OIT a través de su comité para asuntos sindicales; que se configura un abuso del derecho, en la medida en que si los afiliados a ASPEC eran beneficiarios de la convención colectiva, no podían permanecer en indefinición a través de un conflicto colectivo; que al contestar la demanda solo se hizo referencia a las resoluciones existentes hasta ese momento, resoluciones que generaban para ECOPETROL S.A. una confianza legítima; que se configura un abuso del derecho ya que la organización sindical es la segunda vez que hace lo mismo, por lo que, estos casos no deben estudiarse de manera genérica sino debe verse en cada caso las circunstancias particulares; que la discusión del presente proceso no versa solo en un punto de derecho como lo consideró la a quo, sino que hay que tener en cuenta la conducta de las partes, en este caso, la de ASPEC, y respecto a ECOPETROL S.A. se ha ceñido a lo decidido por las autoridades

correspondientes, aunado a que con el dicho de los testigos reafirma la existencia del abuso del derecho; que ECOPETROL S.A. si probó y siguió los lineamientos que le daban las autoridades respecto de la existencia o no del conflicto colectivo con ASPEC.

5. Alegatos.

5.1 Ecopetrol S.A.: Solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a la demandada de todas las suplicas, además que el demandante está incurriendo en un abuso del derecho, ya que quiso evitar la terminación del contrato, y además el sindicato ASPEC repitió la misma conducta desplegada en la convención 2014-2018, a pesar de que se benefició de la misma.

5.2 Demandante: Solicita que se confirme la decisión de primer grado, y se tenga en cuenta las decisiones de la Corte Suprema de Justicia al respecto, esto es, que el demandante sí goza de fuero circunstancial.

6. CONSIDERACIONES

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuesto por el recurrente.

2. Problema jurídico. La Sala dilucidará el **siguiente problema jurídico:** ¿Para la fecha en que el demandante fue desvinculado, gozaba o no de fuero circunstancial, en caso afirmativo, si hay lugar al reintegro?

3. Relación laboral. No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para el demandado ECOPETROL S.A. desde el 13 de diciembre de 2017 hasta el 09 de noviembre de 2018, tal como lo consideró el a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 205 a 209, y 215) y la aceptación que de manera expresa se efectuó al contestar el libelo genitor (Fols. 178 a 193).

4. Fuero circunstancial. Es uno de los mecanismos de protección reconocidos por el legislador para hacer efectivo el libre ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva -artículo 55¹ superior-, en tanto impide al empleador despedir al trabajador aforado sin justa causa calificada por el juez del trabajo desde el mismo momento en que se presenta el pliego de peticiones.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que el fuero circunstancial impide que el empleador utilice el despido para socavar la capacidad de negociación de los trabajadores interesados en proponer y negociar sus reivindicaciones económicas dentro del escenario de un conflicto colectivo, independientemente de su vinculación o no a una organización sindical, de manera que se mantenga el equilibrio de fuerzas entre ambas partes. Sobre el punto viene a propósito memorar el predicamento propalado por el máximo tribunal de esta jurisdicción: *"Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz"* (Sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 29.081, reiterada en providencia del 30 de septiembre de 2015, rad. 45.016).

¹ ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Para los efectos del fuero especial reclamado –se reitera-, surge el conflicto colectivo desde el momento en que los trabajadores presentan el pliego de peticiones ante el empleador o uno de sus representantes, se extiende durante el proceso de negociación colectiva, con el agotamiento de todas las etapas y dentro de los términos o plazos previstos en la ley, y finaliza con i) la firma de un acuerdo o pacto colectivo ii) con la ejecutoria de un laudo arbitral, o iii) con el abandono de la negociación.

Ahora, considerando que el presupuesto basilar para que se configure el fuero circunstancial es que el despido del trabajador ocurra durante el trámite de las etapas del proceso de negociación colectiva, al tenor del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el inciso 3º. del art. 36 del decreto 1469 de 1978 y de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en cumplimiento del art. 167 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por la integración normativa que permite el art. 145 del C.P.L. y S.S., correspondiéndole en este caso al trabajador pretensor probar que para el tiempo en que fue despedido estaba en curso un proceso de negociación de un conflicto colectivo del cual forma parte como negociador o integrante del sindicato, debiendo acreditar los dos extremos del proceso de negociación colectiva, esto es, la fecha de presentación del pliego de peticiones y la de la terminación de dicho proceso. A su turno, le concierne a la parte demandada a la que se le traslada la carga probatoria -la que por esencia es dinámica-, demostrar que tal pliego no tuvo la virtualidad de generar un conflicto colectivo (Sentencia del 23 de mayo de 2005, rad. 25.110).

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL16788-2017, radicación No 52324 del 03 de octubre de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha sostenido que: *"la interpretación del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, no conlleva necesariamente a concluir que, en todos los casos, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de la solución del mismo; o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo (CSJ SL14066-2016; SL6732-2015; SL 29822, 2 oct. 2007; SL 23843, 16 mar. 2005; y SL 19170, 11 dic. 2002)"*.

Descendiendo al sub examine, tenemos que la Asociación de Profesionales de ECOPETROL S.A.- ASPEC, presentó el 01 de junio de 2018 ante ECOPETROL S.A. pliego de peticiones (Fl. 60 a 95 archivo No 03), recibiendo por parte del empleador respuesta negativa (fl. 119); no obstante, el 08 de agosto de 2018 le comunicó ECOPETROL S.A. a ASPEC que el 14 de agosto de 2018 se dará inicio a la etapa de arreglo directo de conformidad con lo establecido en el Decreto 089 de 2014, y la misma continuó su curso normal hasta el 30 de agosto de 2018, fecha en la cual, las partes deciden prorrogar las conversaciones de la etapa de arreglo directo por veinte días calendario adicionales, esto es, hasta el 22 de septiembre de 2018 (Fols. 11 archivo No 03).

Una vez llegado el 22 de septiembre de 2022, el sindicato ASPEC levanta acta final de la etapa de arreglo directo con la siguiente anotación *"sobre la totalidad de los ciento veintisiete (127) artículos del Pliego de Peticiones presentado por la ASOCIACIÓN SINDICAL DE PROFESIONALES DE ECOPETROL S.A.- ASPEC, a la empresa ECOPETROL S.A., no hubo respuesta de fondo ni escrita sobre ninguna de nuestras peticiones. Esta acta final de la etapa de arreglo directo se firma únicamente por la Comisión*

Negociadora de ASPEC, pues no se llegó a acuerdo sobre la elaboración de ella con la Comisión Negociadora de ECOPETROL S.A.”(Fol. 119 a 124 archivo No 03).

Paralelamente, se observa que el 28 de septiembre de 2018, fue depositada ante el Ministerio del Trabajo, la Convención Colectiva de Trabajo 2018-2022, celebrada entre Ecopetrol y la USO, la cual tuvo lugar con ocasión a la etapa de arreglo directo del proceso único de negociación alentado bajo los parámetros del Decreto 089 de 2014, con las organizaciones sindicales USO, ADECO, SINDISPETROL, UTIPEC, TRANSINE, ASINTRAHC y APROTECO (fls. 216 a 320 archivo 03 del expediente digital), por lo que, la parte demandada aduce en su alzada que culminó el proceso de negociación colectiva con las mentadas organizaciones, al igual que con ASPEC, sindicato al cual pertenecía el actor.

Lo anterior lleva a la Sala a determinar si en la negociación colectiva realizada bajo el Decreto 089 de 2014, es posible poner fin al conflicto colectivo con la suscripción de la convención colectiva a pesar de que uno de los sindicatos participantes de tal negociación no llegó a un acuerdo total o parcial. La respuesta la encontramos en la sentencia SL1604-2019, en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dejó adoctrinado que:

“(…), no sobra indicar, que cuando varias organizaciones sindicales, apoyadas en el Decreto 089 de 2014, entran en conversaciones con el empleador para mejorar sus condiciones de trabajo, eso no implica que sus particulares peticiones sean desconocidas, sino como lo señala la fundamentación expresa del acto regulatorio “...para que los diferentes sindicatos y pliegos de peticiones estén expresados y representados respectivamente, en la mesa de negociación y en la comisión negociadora.”.

Por lo que como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el criterio de esta Sala, “...en virtud de los principios fundamentales de autonomía y libertad sindical, los trabajadores tienen el derecho a crear todas las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a las mismas, dentro de un marco de respeto de la legalidad y de los principios democráticos, de manera que es perfectamente válido que en el interior de una misma empresa opere más de una organización sindical.” (CSJ SL703-2017), y por cuenta de la negociación se genere la coexistencia de varias convenciones.

Por ende, si muy a pesar de esas medidas de armonización de la representación sindical y negociación colectiva concertada, alguno de los sindicatos no llega a un acuerdo total o parcial con el empleador en sus aspiraciones, está autorizado para acudir a las siguientes fases de solución del conflicto colectivo, como lo son la huelga o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, sin que la firma de una Convención Colectiva con otra(s) de las organizaciones sindicales en ese proceso, implique entender, que con el sindicato inconforme quedó zanjado el conflicto; aunque claro está, nada impide que el empleador, de manera unilateral decida beneficiar a diversos grupos de trabajadores con las prestaciones convencionales logradas por un organismo, sin que ello afecte la regularidad del laudo arbitral.”.

De lo anterior se desprende nítidamente que pese a haberse suscrito la convención colectiva 2018-2022, no se finalizó el conflicto colectivo surgido entre ECOPETROL y ASPEC, pues entre las mismas no se llegó a un acuerdo a pesar de que la etapa de arreglo directo y negociación del pliego se hizo de manera unificada conforme el Decreto 089 de 2014. Por ello, quedaba a disposición del sindicato ASPEC continuar con la siguiente etapa, esto es, la establecida en el artículo 444 del CST, lo que efectivamente ocurrió, en la medida en que, procedió a optar dentro de los diez (10)

días hábiles siguientes a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, haciendo la solicitud correspondiente ante el Ministerio del Trabajo el 04 de octubre de 2018 (Fol. 126 a 127 Archivo No 03).

Ahora bien, ECOPETROL manifiesta que para la fecha en que se terminó la relación laboral (09 de noviembre de 2018), estaba amparado en la Resolución 4596 del 23 de octubre de 2018, mediante la cual el Ministerio del Trabajo negó la solicitud de convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, lo cual le generó una confianza legítima al estar convencido de que para el finiquito de la relación laboral no estaba vigente el conflicto colectivo, aunado a que, en la negociación del año 2014 se había presentado la misma situación con el sindicato ASPEC y ante una queja elevada por la organización sindical ante la OIT, el Comité de Libertad Sindical de dicha organización cerró tal queja, sin que se evidencie la obligatoriedad de convocar al Tribunal de Arbitramento.

Para desatar este punto es necesario precisar que, el Ministerio del Trabajo mediante Resolución 4596 del 23 de octubre de 2018, resolvió no acceder a la solicitud de convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio elevada por ASPEC (fls. 128 a 130 archivo 03), acto administrativo contra el cual la organización sindical formuló los recursos de reposición y subsidio apelación, mismos que fueron negados por improcedentes en la Resolución 5648 del 13 de diciembre de 2018 (Fol. 146); no obstante, el sindicato ASPEC formuló recurso de queja, el cual fue resuelto mediante la Resolución 2410 del 23 de julio de 2019, en el sentido revocar la Resolución 5648 del 13 de diciembre de 2018 y ordenarle al Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección del Ministerio del Trabajo, que resuelva el recurso de reposición interpuesto (fls. 362 a 365 archivo 003).

Es así que, al ser desatado el recurso de reposición formulado por la organización sindical ASPEC, el ente ministerial en mención profirió la Resolución 5491 del 9 de diciembre de 2019 (fls. 354 a 361 archivo 03), corregida mediante la Resolución 5640 del 18 de diciembre de 2019 (fls. 376 a 377 archivo 03), mediante la cual revocó el acto administrativo atacado, y en su lugar, ordenó la continuación del trámite de la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento, instaurada por la organización sindical ASPEC.

Posteriormente, ECOPETROL S.A. interpone recurso de apelación contra la Resolución 5491 del 9 de diciembre de 2019 (Fols. 382 a 391 archivo No 03), y simultáneamente solicita la nulidad por vulneración al debido proceso y derecho de defensa (Fols. 378 a 380), siendo resuelta la nulidad a través de Resolución 2295 del 01 de septiembre de 2021 (Fol. 3 a 7 archivo No 31), con la cual se revocó la Resolución No 5491 del 9 de diciembre de 2019 y la Resolución 5640 del 18 de diciembre de 2019, devolviendo el expediente a la Subdirección de Inspección para que realice las notificaciones pertinentes de la Resolución No 2410 de 2019, y una vez cumplido tal procedimiento, devuelva las diligencias al despacho para resolver el recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por ASPEC contra la Resolución 4596 del 23 de octubre de 2018.

Así entonces, aunque es cierto que el Ministerio del Trabajo a través de la Resolución 4596 del 23 de octubre de 2018, decidió no acceder a la solicitud de convocatoria e integración de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, no se puede pasar por alto el criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1443-2022, en la que, en un caso de similares contornos al aquí estudiado, respecto a la negociación colectiva presentada en el año 2014, dejó sentado lo siguiente:

"Ahora, para efectos del fuero circunstancial, resulta importante puntualizar, que a pesar de que la Resolución n.º 4463 del 3 de noviembre de 2015 (f.º 30 a 38 y 23 a 25, ib), fue expedida por el Ministerio del Trabajo dentro del ámbito de sus facultades y, por tanto, conforme a los artículos 485 y 486 del CST goza de la presunción de legalidad», su contenido, no somete al juez social, que para resolver las controversias y formar su convencimiento puede apoyarse en ellos o en otros medios de convicción y debe realizar los discernimientos jurídicos que, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal, den solución al conflicto jurídico entre las partes, con sujeción a los artículos 228 y 230 de la CP.

Lo anterior significa que la finalización anormal del conflicto colectivo no tuvo su origen en un acto imputable al sindicato, por lo que, en este caso particular, a diferencia del analizado, por ejemplo, en el fallo CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 37267, la ejecutoria del acto administrativo que negó la convocatoria del tribunal de arbitramento obligatorio, debe tomarse como punto de referencia del fuero circunstancial del recurrente, resultando imperativo recordar que, conforme a los artículos 66 y 87 n.º 2 del CPACA, los actos administrativos de carácter particular sólo quedan en firme, el día siguiente a la notificación de la decisión de los recursos interpuestos, pues es un presupuesto esencial de la respuesta de la administración, la publicidad de su actuación".

De lo dicho, de ninguna manera puede sostenerse que el conflicto colectivo entre ASPEC y ECOPETROL S.A. haya finalizado con la expedición de la Resolución 4596 del 23 de octubre de 2018 por parte del Ministerio del Trabajo, pues debe tenerse en cuenta que a pesar de que tal acto administrativo le negó a ASPEC la posibilidad de interponer los recursos sobre el mismo, el sindicato no dejó decaer el conflicto e interpuso el recurso de reposición y apelación, mismos que fueron negados por improcedentes a través de la Resolución 5648 del 13 de diciembre de 2018 (Fol. 146), y a pesar de tal negativa, ASPEC formuló recurso de queja, el cual fue resuelto mediante la Resolución 2410 del 23 de julio de 2019, en el sentido revocar la Resolución 5648 del 13 de diciembre de 2018 y ordenarle al Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección del Ministerio del Trabajo, que resuelva el recurso de reposición interpuesto (fls. 362 a 365 archivo 003).

Ello para significar que por lo menos para el 09 de diciembre de 2018, fecha del finiquito laboral, no estaba definido por el Ministerio del Trabajo lo concerniente a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, y por ende, no le era posible al empleador asumir que el conflicto colectivo había finalizado de manera anormal, procediendo a tomar la decisión de finalizar el vínculo laboral, pues inclusive al margen de lo que para el 23 de octubre de 2018 haya determinado el Ministerio del Trabajo, es decir, considerar que no era procedente la convocatoria al Tribunal de Arbitramento, debe tenerse en cuenta que ese acto administrativo no ata al Juez laboral, máxime si va en contravía de la posición jurisprudencial que ha decantado la Corte Suprema de Justicia al respecto, por lo que, para mejor proveer se transcribe un aparte de la sentencia SL5337-2021:

"En este orden, la razón principal del Ministerio de Trabajo, para negar la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, fue el haberse llevado una negociación unificada bajo los lineamientos del Decreto 089 de 2014, que culminó con la convención colectiva depositada el 12 de septiembre de 2014 ante esa cartera.

Dicha tesis es contraria a los lineamientos de esta Sala, como arriba se expresó, por cuanto, la participación en una negociación unificada no conlleva la aquiescencia del sindicato a lo acordado por las otras partes en conflicto y, por tanto, no inhibe la posibilidad de seguir adelante con el procedimiento colectivo en aquellos puntos no resueltos, esto es, a través de la huelga o la solicitud de un Tribunal de Arbitramento, según corresponda. En este punto, es importante destacar, que si bien el juez del

trabajo y la seguridad social no desconoce la presunción de legalidad de los actos administrativos, estos no lo atan y, por ende para formar su convencimiento puede apoyarse en ellos o en otros medios de convicción (CSL SL415-2021)".

Bajo esa arista, debe concluir la Sala que el conflicto colectivo para el 09 de diciembre de 2018 estaba vigente, y el sindicato ASPEC actuó de manera diligente recurriendo la decisión del Ministerio del Trabajo, a pesar de que la misma le negaba inicialmente tal posibilidad, y ello en el ámbito de la negociación colectiva debe ser asumido como una conducta positiva en procura de no dejar decaer el conflicto o motivar su terminación anormal, y así lo ha decantado la Corte en sentencia SL430-2018, en los siguientes términos: *"la conducta asumida por las partes en el inicio de las conversaciones es un aspecto de suma trascendencia que debe valorarse a efectos de establecer la voluntad inequívoca de los interesados en continuar con el curso normal del trámite del diferendo, pues la posición asumida por cada uno de los actores es la que marca la subsistencia del conflicto colectivo, con todas las consecuencias que de ello deriva"*

Ahora, en lo relativo a que el Comité de Libertad Sindical de la OIT cerró la queja presentada por ASPEC en la negociación del año 2014, situación similar a la presentada en la negociación del año 2018, en la que la organización sindical pretendía la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, acota la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1443-2022, concluyó lo siguiente:

"Finalmente, puntualiza la Sala que la decisión del Comité de Libertad Sindical de la OIT de no continuar con el trámite de la queja presentada por Aspec, en el caso n.º 3144, no tiene fuerza vinculante para el Estado Colombiano, puesto que gozan de ella, las recomendaciones expedidas por ese organismo, una vez aprobadas por el Consejo de Administración de aquella organización, según se explicó, entre otras, en las sentencias CC T261-2012 y CC SU555-2014 y CSJ SL2543-2020, presupuesto que no se cumple en el caso".

En ese orden, el punto de disenso referido se despacha de manera desfavorable.

Ahora, el hecho de que los afiliados a ASPEC se beneficien de la convención colectiva 2018-2022, no da pie a considerar -como lo aduce el recurrente- que el conflicto colectivo con ASPEC se haya finalizado, pues conforme la sentencia citada inicialmente (SL1604-2019), el hecho de que se firme la convención colectiva con los demás sindicatos no genera que el conflicto colectivo finalice para el sindicato que presentó oposición o con quien no se llegó a ningún acuerdo en la etapa de arreglo directo, asimismo, dice la Corte que *"nada impide que el empleador, de manera unilateral decida beneficiar a diversos grupos de trabajadores con las prestaciones convencionales logradas por un organismo, sin que ello afecte la regularidad del laudo arbitral"*, por ende, se despacha de manera desfavorable este punto al no contar con sustento jurídico.

En lo relacionado con otro de los tópicos de la alzada, según el cual, el pliego de peticiones solo se circunscribe a permisos y otras prerrogativas para los directivos sindicales, cumple precisar que ello escapa de la órbita de lo que debe resolver la Sala en esta instancia, por ende, tampoco tiene vocación de prosperidad el querer del recurrente en configurar el abuso del derecho.

Para reforzar lo anterior, sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la STL16770-2017 al referirse al abuso de derecho de asociación sindical, manifestó: *"Sobre el particular cabe precisar que no se le puede dar validez a las actuaciones que se encuentran en contra del orden legal o que constituyen abusos del*

derecho de asociación, so pretexto de proteger el derecho mencionado, porque hacerlo es desnaturalizar el derecho mismo”. En el caso de autos no se presenta tal situación, dado que el sindicato ASPEC se ha ceñido a las etapas correspondientes para dirimir el conflicto colectivo, aunado a que, la indefinición del conflicto ha acontecido no por circunstancias atribuibles al sindicato sino al Ministerio del Trabajo, el cual ha emitido una serie de resoluciones sin definir a la fecha los recursos de reposición y apelación presentados contra la negativa a convocar al Tribunal de Arbitramento, por lo que considera la Sala que al igual como aconteció en la sentencia SL4569-2021, se demostró por parte de la organización sindical el uso de las herramientas administrativas y judiciales para continuar con el conflicto colectivo.

Y, frente a la insistencia de valorar los testimonios con los cuales estima la defensa se demuestra el abuso del derecho y las situaciones particulares que se presentan en la actuación de ASPEC, acota la Sala que el dicho de los testigos solo reafirma la manera como se desarrolló la etapa de arreglo directo y otras circunstancias que no dan al traste con lo definido de manera precedente con apoyo en la prueba documental adosada; además, el hecho de que ASPEC haya participado de la negociación en el año 2014 y nuevamente haya presentado pliego de peticiones en el año 2018, no lleva a configurar el abuso del derecho, ya que debe tenerse en cuenta que se ha ceñido a las etapas correspondientes, y la negativa a convocar al Tribunal de Arbitramento no es consecuencia de un actuar del sindicato, sino de la autoridad administrativa quien además ha negado y finalmente, no ha resuelto de manera oportuna los recursos interpuestos.

En consecuencia, al estar demostrado que el Sindicato ASPEC, presentó un pliego de peticiones a ECOPETROL S.A. el 01 de junio de 2018, que no se llegó a ningún acuerdo en la etapa de arreglo directo y que ASPEC hizo uso de las herramientas administrativas ante el Ministerio del Trabajo en procura de que se convoque al Tribunal de Arbitramento, no hay duda de que permaneció activa la garantía foral circunstancial estatuida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, por lo menos para el 09 de octubre de 2018, fecha de finalización del contrato de trabajo. Por tal virtud, si el actor estaba afiliado al mencionado sindicato, al cual se le estaban haciendo los respectivos aportes, descontados por nomina (fl. 58 a 59), el despido sin justa causa en vigencia del conflicto colectivo (fl. 44), deviene ineficaz (CSJ SL12451-2015).

En lo relacionado con la excepción de prescripción, debe decirse que no prospera por cuanto la terminación del contrato de trabajo sin justa causa aconteció el 09 de noviembre de 2018 (Fol. 40); el actor reclamó a ECOPETROL S.A. el reintegro el 16 de noviembre de 2018 (fl. 45), y presentó la demanda el 15 de febrero de 2019 (fl. 162), es decir, entre una y otra calenda no transcurrieron los tres años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Ahora, como en la liquidación final se reconoció el valor de \$10.779.289 por concepto de indemnización por retiro (Fol. 215), se confirma la autorización a ECOPETROL S.A. de descontar de lo adeudado tal suma de dinero.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia que con acierto ordenó el reintegro del actor a un cargo igual o de superior categoría.

5. Costas. Costas en esta instancia a cargo de ECOPETROL S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

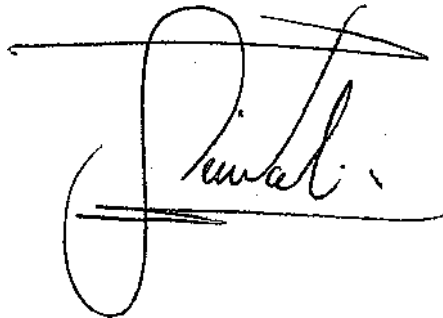
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de julio del 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de ECOPETROL S.A. Las de primera se confirman.

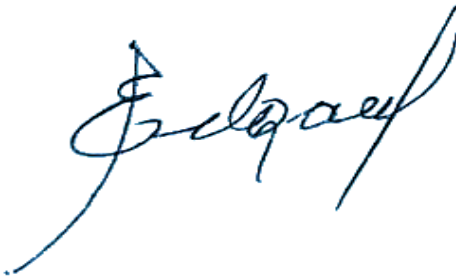
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



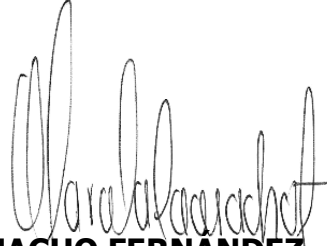
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor del demandante, y a cargo de ECOPETROL S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, correspondiente a UN (1) SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: PAULA LORENA SÁENZ GÓMEZ
Demandada: ANNAR DIAGNÓSTICA IMPORT S.A.S.
Radicado No.: 14-2020-00400-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Paula Lorena Sáenz Gómez instauró demanda ordinaria contra Annar Diagnóstica Import S.A.S., con el propósito de que se declare la nulidad absoluta del acuerdo de permanencia mínimo celebrado entre las partes por causa ilícita o por ausencia de causa de la obligación derivada del convenio. En consecuencia, se dispusiera a su favor el pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 1 de junio de 2018 celebró contrato de trabajo a término indefinido con la encartada, para desempeñar el cargo de Agente Help Desk Ingeniería, devengando inicialmente un salario de \$2.769.000 y con posterioridad la suma de \$3.271.492. Refirió que en la misma fecha celebraron un otrosí en el que acordaron ejecutar el contrato mediante la modalidad de teletrabajo suplementario, así mismo, el empleador le hizo firmar un acuerdo de permanencia mínima, suscripción que fue obligatoria para ingresar a la empresa.

Precisó que en la cláusula quinta de dicho acuerdo se estipula que en el evento que la trabajadora de por finalizado el vínculo laboral de manera unilateral antes de cumplirse el plazo establecido por las partes, deberá pagar a la empleadora una suma *"proporcional al tiempo de permanencia posterior a la fecha de finalización de dicho entrenamiento"* y *"que en caso de que la suma que arroje la liquidación no sea suficiente para cubrir el valor adeudado, este deberá suscribir un acuerdo de pago con la empresa que conduzca al pago total de la obligación"*.

En ese orden, asentó que su empleador le comunicó cambios de horario que incluían turnos rotativos y nocturnos, lo cual le impedía continuar con sus planes de estudio, de manera que ante la citada modificación el 5 de febrero de 2019, decidió finalizar unilateralmente el contrato de trabajo siendo aceptada. Aseguró que con ocasión de ello el empleador le liquidó las prestaciones sociales en cuantía de \$2.420.492; no obstante, como debía presuntamente pagar la suma de \$29.141.133, sus acreencias laborales fueron compensadas, quedando con una deuda de \$26.720.641. (Expediente electrónico, PDF

15SubsanaciónDemanda).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que el documento suscrito entre las partes está libre de cualquier defecto legal o vicio del consentimiento, además, la actora no ha demostrado por qué razón el descuento que se realizó es ilícito, cuando lo cierto es que ella de manera autónoma y anticipada autorizó el mismo para ser realizado a la liquidación final del contrato de trabajo. Afirmó que las partes a partir del principio de la autonomía de la voluntad privada establecieron los parámetros por medio los cuales se regirá la relación laboral, de manera que acató lo acordado entre las mismas.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2° a 5°, 10°, 13° y 15° a 20°, relacionados con el cargo que desempeñó la actora al interior de la sociedad accionada, salario, horario, acuerdo de permanencia mínima suscrito entre las partes, el valor de la liquidación definitiva, su compensación y deuda y, las diferentes reclamaciones que la trabajadora realizó a la empresa y respuestas que ofreció a las mismas. En lo que hace a los demás hechos dijo no ser ciertos o constarle y en su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, enriquecimiento sin causa, buena fe, prescripción, mala fe de la actora, genérica e incumplimiento al deber probatorio. (Expediente electrónico, PDF SCOLA 9 09 2021 (CONTESTACIÓN DE DEMANDA- ACUERDO)).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de agosto del 2022, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo que se verificó entre el 5 de junio de 2018 al 5 de febrero de 2019 y la ineficacia de la cláusula 5° del acuerdo de permanencia suscrito 1 de junio de 2018. En tal virtud, condenó a la convocada a juicio a pagar la suma de \$5.024.549 por concepto de acreencias laborales incluidos cesantía y sus intereses, prima de servicios y vacaciones; así mismo, indemnización moratoria y costas del proceso.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar si había lugar a declarar la nulidad del acuerdo de permanencia mínima suscrito por las partes el 1 de junio de 2018, con ocasión al nexo laboral que celebraron y si el mismo adolece de causa lícita o en su defecto si hay ausencia de causa en la obligación y, por ende, dicha convención no produce efecto jurídico alguno. Con tal propósito, estimó no controversial que entre las partes existió un vínculo laboral, su modalidad de duración y cargo desempeñado. En lo que hace al extremo inicial, punto frente al cual hubo distanciamiento por las partes, dijo que se encontraba probado que aquel correspondió al 5 de junio de 2018, pues así lo verifica del contrato de trabajo incorporado al plenario, mismo que finalizó el 5 de febrero de 2019.

Sentado lo anterior, manifestó que la nulidad del acto jurídico constituye una sanción que se impone cuando los contratantes han omitido observar los requisitos que la Ley exige para su validez. En ese sentido, citó los artículos 1740 y 1502 del C.C., para significar que la nulidad del acuerdo de permanencia mínima se encuentra soportada, de un lado, en el incumplimiento de aquellos requisitos exigidos por la ley civil para su validez, pues se dice que carece de causa lícita, toda vez que sus estipulaciones afectaron el mínimo de derechos que consagra el ordenamiento laboral en favor de los trabajadores, y de otro, se predica ausencia de causa en la obligación, si en cuenta se tiene que el empleador, al no incurrir en gasto alguno en la formación de la trabajadora, puesto que las capacitaciones que se le proporcionaron fueron brindadas por sus propios trabajadores y algunos proveedores de la empresa, el crédito no existió y, por tanto, ninguna obligación le era exigible a la actora, luego esa circunstancia no podía invocarse como fuente de derecho u obligaciones para esta.

Bajo ese horizonte, mencionó frente a lo primero que la exigencia de la ilicitud debe entenderse como la correspondencia de la causa con las buenas costumbres y el orden público y, por ende, la ilicitud tiene lugar cuando se contraviene al ordenamiento jurídico, en los términos del artículo 1524 del C.C., de manera que si el motivo particular que surgió por las partes para contratar se opone o es contraria a aquellas exigencias hay lugar a restarle el efecto jurídico al acto o negocio, por tanto, a las obligaciones que surgieron. Así, dijo que el acuerdo de voluntades que se reputa nulo emerge en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, quienes son libres de fijar condiciones de trabajo, adquiriendo obligaciones y responsabilidades recíprocas para regular el vínculo, posibilidad que la legislación laboral no prohíbe, pero bajo la condición que no se afecten las garantías mínimas contempladas en sus estatutos.

Aludió a lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4327 de 2021 y expresó que los móviles que acompañaron la celebración del acuerdo entre las partes no desbordaron los límites que imponen las normas, para dar validez a dichas estipulaciones, luego la ilicitud en la causa del acuerdo alegada por la demandante como fundamento de la nulidad deprecada no la evidenciaba, en tanto que la cláusula de permanencia mínima en el contrato de trabajo no está prohibida por ninguna norma laboral, ni la percibió como contraria a las buenas costumbres del orden público, siendo válido que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad realicen este tipo de acuerdos dirigidos a garantizar que el trabajador retorne a su empleador con su permanencia en la empresa por un lapso determinado los costos en que este incurrió en su entrenamiento o capacitación para ejecutar de manera especializada la labor contratada, de manera que no hay que no podía restarle validez al negocio celebrado.

En lo que hace a la ausencia de causa en la obligación, dijo que no era de su recibo la interpretación dada por la actora a la cláusula suscrita, en tanto difiere de su clausulado, puesto que la contraprestación que aspiró a obtener la empleadora fue que su trabajadora cualificada retornará ese conocimiento a los empleados que destinara, poniendo a ese efecto una obligación de permanencia mínima de empresa. Manifestó que, aunque se está ante un contrato sinalagmático, esa característica la otorga el hecho que del mismo surgieron obligaciones recíprocas para los contratantes, sin embargo, no exigibles al momento de perfeccionarse el acuerdo, dado que como se dijo en la cláusula 4º, la fecha de iniciación de la contraprestación del servicio para la trabajadora que se obligó a permanecer en la empresa durante 36 meses, para transferir el conocimiento adquirido sobre la capacitación y entrenamiento, sería el día hábil siguiente a la culminación del programa.

Dedujo de las particularidades del acuerdo que del mismo surgieron obligaciones de hacer para las partes, de una, suministrar formación del empleador y la permanencia de la trabajadora de la empresa en un lapso determinado para transferir el conocimiento adquirido y no obligación pecuniaria alguna. Bajo ese contexto, precisó que no aparece como cierto que el interés jurídico que motivó la relación contractual se hubiere dirigido, en el caso del empleador, a recibir por la formación o entrenamiento que se comprometió a ofrecer a la trabajadora, la retribución del dinero invertido y como quiera que no realizó ninguna erogación económica en la consecución de aquel propósito, la obligación reclamada de la demandante carece de causa, tal y como se afirma en la demanda.

Agregó que el interés jurídico a satisfacer del empleador era que el personal designado con la empresa se beneficiaría con la transferencia del conocimiento adquirido en la formación, lo que exigía asegurar un tiempo mínimo de permanencia de la accionante del empleo a la que se obligó y no que se retribuya en dinero la inversión, de manera que, si en las obligaciones de naturaleza correlativa, la correlatividad se encuentra dada por la

causa, es decir, el interés jurídico de los contratantes, mal puede afirmarse que existe ausencia de causa de la obligación que pueda generar la nulidad absoluta del convenio, toda vez que el provecho que esperó recibir el empleador, era la permanencia mínima de la trabajadora en su empleo, para que transmita el conocimiento adquirido y no el pago en términos económicos de ese entrenamiento.

Por consiguiente, advirtió que la empleadora, basada en el costo de oportunidad, notificó anticipadamente el valor del entrenamiento de la trabajadora en suma de \$30.000.000, previendo al efecto en la cláusula quinta, el retorno de la inversión así ponderada a título de indemnización en caso de no cumplirse por la actora con lo pactado, de manera que habiendo alcanzado demostración que la trabajadora finalizó el contrato de trabajo el 5 de febrero de 2019, sin haberse superado el término de permanencia concertado, quedaba en posibilidad del empleador de hacer exigible dicha cláusula indemnizatoria por incumplimiento de lo pactado, pero en la forma que se estipula en el convenio, esto es, (en el pago) el retorno de lo invertido en el evento de presentarse renuncia por la trabajadora o ser despedida por justa causa y que sería proporcional al tiempo de permanencia, se descontará de su liquidación final de acreencias laborales, lo que en efecto ocurrió.

Afirmó que, sin desconocer la cláusula celebrada por las partes, los derechos reconocidos en la ley sustantiva que consagra el catálogo mínimo de prestaciones en favor del trabajador se sustraen de esa autonomía o libertad y, por tanto, no quedan al arbitrio negocial de las partes, condicionamiento que emerge de los artículos 14 del C.S.T. y 53 de la C.P., de manera que aquellas estipulaciones que afecten o desconozcan ese mínimo a voces del artículo 13 de la norma sustantiva, no producen efecto alguno, ello en concordancia con el artículo 43 de la misma codificación.

Así las cosas, consideró que si la ley sustantiva contiene ese mínimo de derechos y garantías que no pueden afectarse o desconocer y concretamente el artículo 340 del C.S.T. dispone que las prestaciones sociales son irrenunciables, "*surge evidente que dichas disposiciones no podían ser afectadas por la voluntad de las partes, como se advierte ocurrió con la estipulación que al respecto hizo la demandada, en el acuerdo de permanencia mínima suscrito con la trabajadora y que abrió paso a la posibilidad de descontar de la liquidación final de acreencias laborales el valor de la indemnización por incumplimiento de lo pactado lo que en efecto ocurrió, estipulación con la que además, desconoció que el artículo 149 del C.S.T., prohíbe al empleador deducir, retener o compensar suma alguna del salario, quedando especialmente comprendida en esta prohibición las compensaciones por deudas del trabajador, para con el empleador.*"

Concluyó que, pese a que el acuerdo de permanencia mínima suscrito por las partes es válido, dado que surgió por la voluntad de las partes y la obligación tuvo causa real y lícita, lo cierto es que una de sus disposiciones si vulnera normas del orden público y derechos irrenunciables de la trabajadora, luego por expreso mandato de los artículos 13 y 340 de la norma sustantiva laboral, no puede producir efecto alguno la disposición que autorizó descontar de la liquidación final de acreencias el valor de lo adeudado por la demandante al empleador y en ese orden, dijo que había lugar a restar todo efecto jurídico a esa estipulación. (Expediente electrónico, PDF 31.LinkAudiencia08Agosto2022-2020-400).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandada** formuló recurso de apelación argumentando que la A quo no erró al señalar que por virtud de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre las partes pueden realizar acuerdos de permanencia, siempre que no se afecten derechos ciertos e irrenunciables del trabajador o que atente contra la constitución política o la ley; sin embargo, desacierta cuando consideró que la cláusula quinta del acuerdo de permanencia afectó dichas prerrogativas mínimas, ya que en ningún

momento las quebrantó, en tanto que durante la vigencia de la relación laboral y dentro del periodo de formación académica, la sociedad reconoció y canceló a la actora cada uno de los salarios y prestaciones sociales, así como la cotización de aportes al sistema integral de seguridad social.

Aseguró que la falladora de primer grado paso por alto que, al momento de finalizar el contrato de trabajo, las obligaciones causadas ya no son de naturaleza laboral, sino civil, de manera que el hecho de que las partes, a partir del principio de la autonomía de la voluntad privada, hayan decidido pactar que los valores que anticipadamente había calculado por el costo del proceso de formación, no afecta ningún derecho cierto e irrenunciable de la trabajadora, a más, cuando lo mínimo era que aquella estuviese durante su periodo de permanencia, so pena del descuento de los costos que generó, mismo que autorizó a la suscripción del acuerdo.

Insistió en la inexistencia de la nulidad alegada sobre el pacto que allegaron las partes, pues esta surgió como principio de la autonomía de la voluntad privada, acuerdo que es común en el país, de allí que la sentencia de primer grado represente un riesgo para los empleadores, máxime cuando la legislación sustantiva autoriza descuentos debidamente soportados, tal y como sucede en este asunto. (Expediente electrónico, PDF 31.LinkAudiencia08Agosto2022-2020-400).

5. Alegatos de conclusión. Alegó en su favor aduciendo que el acuerdo de permanencia suscrito con la demandante, cumple con todos los presupuestos legales, en tanto que ni siquiera se discutió un eventual vicio del consentimiento, tan solo se puso en tela de juicio la legalidad del objeto de acuerdo. Dijo que no existe objeto ilícito en la celebración del mismo toda vez que, en el derecho laboral no se encuentra prohibido que el empleador y el trabajador lleguen acuerdos de permanencia como contraprestación a una capacitación profesional que le permitió enriquecer el perfil profesional del mismo. Manifestó que el juzgado de conocimiento paso por alto el hecho de que, una vez finalizada la relación laboral, las obligaciones adquiridas entre las partes toman una connotación civil, de ahí que no sea posible predicar una afectación a derechos mínimos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿La falladora de primer grado cometió un desafuero al concluir que el descuento sobre las prestaciones sociales y vacaciones no era procedente, por involucrar derechos ciertos e indiscutibles no susceptibles de ser negociados por las partes?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral entre la actora y Annar Diagnóstica Import S.A.S., sus extremos temporales, modalidad, duración, cargo y salario devengado. Situaciones que además se corroboran con el contrato de trabajo a término indefinido, otrosí, carta de finalización del nexo laboral suscrita por la accionante el 5 de febrero de 2019 y liquidación final de prestaciones sociales. (Expediente electrónico, PDF 03 AnexosDemanda).

4. Descuentos de prestaciones sociales y vacaciones. Como se evidenció en los antecedentes de esta providencia, la censura cuestiona en rigor las apreciaciones de la A quo, según las cuales, pese a que la trabajadora había consentido el descuento de sus prestaciones sociales, por mandato constitucional y legal le estaba prohibido al empleador realizar deducción, por ser estas consideradas como derechos ciertos e indiscutibles al tenor de los artículos 13 y 14 de la norma sustantiva laboral; considerando, entonces la recurrente, que contrario a lo colegido, dada la voluntad de la trabajadora y ante el incumplimiento del mínimo de permanencia en la empresa, debía realizar descuento de sus acreencias laborales finales tendiente a compensar los costos en que incurrió al proporcionarle formación académica.

Atendiendo a la sustentación del recurso que se dirige en contra de la sentencia de primer grado, se mantiene inalterable que entre las partes en contienda se suscribió un acuerdo de permanencia mínima el 1 de junio de 2018, estipulación contractual que se verificó por la cognoscente de primer grado como válida, dado que la misma provino de la voluntad de estas, sin que estuviese afectada por un vicio en el consentimiento, además, en tanto que la obligación que allí surgió tuvo causa real y lícita.

En función de verificar si la inferencia de la juzgadora fue equivocada, como lo dice la apelante, se impone reproducir el contenido de la cláusula suscrita por las partes, en la cual la encartada apoya la deducción de prestaciones sociales y vacaciones, así:

"CLÁUSULA PRIMERO: INVERSIÓN – La empresa asumirá los gastos, recursos y personal especializado necesario para llevar a feliz término el periodo de entrenamiento y garantizará durante 5 meses aproximadamente un entrenamiento por 900 horas, número de horas establecido para el entrenamiento de las líneas y equipos de representación exclusiva. A efectos de este entrenamiento ANNAR DIAGNOSTICA IMPORT SAS determina la suma de \$30.000.000, la cual está basada en el costo de oportunidad evaluado para este entrenamiento.

CLÁUSULA SEGUNDO: TRANSFERENCIA DEL CONOCIMIENTO – El trabajador que goce el beneficio del entrenamiento se compromete a transferir el conocimiento adquirido al personal designado por la empresa, utilizando para ello todos los materiales y medios audiovisuales a su disposición, así como el desarrollo de las actividades propias de su cargo en cada uno de los momentos que lo requiera.

CLÁUSULA TERCERO: DOCUMENTACIÓN TÉCNICA – El trabajador se compromete a entregar a la Empresa cualquier tipo de información técnica, resultados de investigaciones, folletos, catálogos y en general cualquier documento que le haya sido entregado por la Casa Comercial y/o el colaborador de ANNAR DIAGNOSTICA por la cual fue entrenado de ser el caso.

CLÁUSULA CUARTO: PERMANENCIA – El trabajador beneficiario se compromete a prestar sus servicios por un período igual a TREINTA Y SEIS MESES (36). La fecha de iniciación de la contraprestación del servicio será el día hábil siguiente a la culminación del programa del periodo de entrenamiento. Una vez culminado el periodo de permanencia, la inversión realizada por la Empresa en el entrenamiento se considerará saldada.

CLÁUSULA QUINTA: RETORNO DE LA INVERSIÓN. En caso de que el trabajador: i) no apruebe o no asista al entrenamiento o ii) de manera unilateral se de por terminado el contrato de trabajo o la empresa lo haga con justa causa, sin que se haya cumplido por parte de éste el plazo total establecido en la cláusula cuarta del presente acuerdo, el trabajador con la suscripción del presente documento acepta y se compromete a reconocer en dinero a favor de la empresa el valor invertido en el entrenamiento. Frente al numeral i) deberá pagar a la empresa el cien por ciento (100%) del valor invertido por ésta en el programa académico y podrá además entenderse esta circunstancia como justa causa de terminación del contrato de trabajo; frente al numeral ii) el pago será proporcional al tiempo de permanencia posterior a la fecha de finalización de dicho

entrenamiento. En cualquier caso, el trabajador acepta que se descuente de su liquidación el valor adeudado. En caso que la suma que arroje la liquidación no sea suficiente para cubrir el valor adeudado, este deberá suscribir un acuerdo de pago con la empresa que conduzca al pago total de la obligación. No obstante lo anterior, el trabajador suscribiría adicionalmente un pagaré en blanco con carta de instrucción para ser diligenciado por la empresa en caso de incumplimiento y que garantice el pago de la obligación aquí descrita."

Un primer aspecto que destacar de las cláusulas anotadas es que las mismas se limitaron a disponer que la empresa le suministraría a la actora un periodo de entrenamiento de 900 horas, traducido en "*5 meses aproximadamente*", y una vez la formación culminara, la trabajadora se comprometía a permanecer en la empresa por espacio de 36 meses contados a partir de la culminación del programa, tiempo durante el cual debía transferir el conocimiento adquirido al personal designado por la empleadora. Como se observa, se trata de una obligación clara y pura de hacer, acerca de la cual no existe ninguna controversia en esta instancia, como quiera que la ineficacia que se impuso se predicó de la subsiguiente, respecto de cual dedujo la juzgadora primigenia, se quebrantaron los artículos 53 constitucional y 13, 14 y 149 del C.S.T.

De la reseñada cláusula, la Sala extrae dos consecuencias a saber: La primera de ellas es que en caso de que la trabajadora no apruebe o asista al entrenamiento, deberá pagar el 100% del valor invertido por la sociedad enjuiciada en el programa académico. Mientras que en la segunda se expresa que en caso de que el contrato finalice de manera unilateral o se haga con justa causa, sin que se haya cumplido el tiempo de permanencia de 36 meses, contados a partir del "*hábil siguiente a la culminación del programa del periodo de entrenamiento*", el pago será el equivalente a la proporción del tiempo de permanencia posterior a la fecha de finalización de dicho entrenamiento.

Luego al revisar la naturaleza contractual de la cláusula, la Sala observa que en efecto el descuento realizado por la empleadora de las prestaciones sociales y vacaciones que tenía derecho la trabajadora en virtud del contrato de trabajo celebrado, se dio con ocasión a la segunda consecuencia, pues superado el programa del periodo de entrenamiento, ésta de manera unilateral decidió culminar el vínculo laboral que la ataba a la sociedad accionada, sin que cumpliera el periodo de permanencia mínima de 36 meses a la que se obligó, lo cual ratifica, que la lectura que hizo la falladora de primer grado de la disposición contractual no fue desacertada, pues la intención que encierra la obligación, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, es la de permanencia de la trabajadora durante ese término convenido.

De suerte que, si la obligación de la trabajadora era de permanecer en el empleo, al ser finalizado por la misma, se consolida el incumplimiento de su compromiso, que trae como consecuencia el pago de la suma establecida por las partes en proporción del tiempo de permanencia que debía mantener. Tal consecuencia, valga decir indiscutida por la accionante, llevó a que la empleadora aplicará el segundo aparte del clausulado, según el cual, acontecido el incumplimiento, la trabajadora acepta que el valor causado de esa proporción se descuente del valor de su liquidación final de acreencias laborales.

Ahora, en punto a resolver la inconformidad planteada en el recurso de apelación respecto a la decisión primigenia de declarar probada la ineficacia de esta última cláusula, debemos adentrarnos a estudiar la validez de la totalidad del acuerdo celebrado por las partes, para determinar si vulnera derechos mínimos de la trabajadora, actuación que no resulta violatoria del principio de *no reformatio in pejus*, pues este análisis resulta indispensable al encontrarse íntimamente ligado con el punto objeto de reproche, tal y como lo prevé el inciso 4º del artículo 328 del C.G.P., según el cual "*El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella*".

Así, analizado el acuerdo al que llegaron las partes al momento de iniciar la relación laboral, para la Sala es evidente que, aunque la trabajadora, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se comprometió a permanecer en el empleo durante 36 meses posteriores a la culminación del programa del periodo de entrenamiento al que se obligó suministrar la empleadora, cuyo incumplimiento generaría el reintegro del valor de la capacitación en proporción al tiempo servido, dicha regulación, tal como quedó redactada, resulta violatoria de normas superiores, por tanto, contraría el ordenamiento jurídico. Ello es así, en tanto que la intención de capacitación o formación no devino por iniciativa de la accionante para cualificar sus conocimientos o como un propósito de satisfacción personal y profesional, por el contrario, de su lectura se evidencia que tuvo como único fin satisfacer necesidades de la convocada a juicio, esto es, garantizar el adecuado cumplimiento de la labor a la que se obligó la promotora del proceso al momento de suscribir el contrato de trabajo, pues así se extrae de la propia declaración que rindió el representante legal de la pasiva, quien manifestó que por la especificidad y particularidad del cargo a ejercer, la trabajadora tenía la necesidad de contar con una adecuada capacitación por la empresa.

Bajo ese horizonte, la estipulación contractual no puede verse apenas como un desarrollo de la autonomía de voluntad de las partes, porque en últimas la mentada disposición encuentra su cimiento en el interés de la empleadora a quien le resultaba imperativa y fundamental para el desarrollo cabal de las funciones que requería fueran ejecutadas por la accionante, lo que denota que, la capacitación de la trabajadora no tenía como objetivo lograr su propio provecho; capacitación que, en todo caso, en virtud del Decreto 1127 de 1991, le era obligatorio al empleador suministrar, y que para la trabajadora apenas se traducía en asistir, pero no asumir su costo, menos cuando decidió finalizar la relación laboral anticipadamente.

En ese contexto, no puede deducirse entonces que la intención de las partes al suscribir la cláusula era beneficiarse recíprocamente, para concluir a continuación que el descuento era legal, pues como se advierte, la capacitación beneficiaba únicamente a la empleadora, máxime cuando el conocimiento adquirido debía ser transferido a los demás trabajadores asignados por el empleador, lo que justificó también la suscripción del acuerdo de permanencia mínima. De ahí que esos motivos tampoco podían constituir un soporte válido de la deducción que realizó de las prestaciones sociales ante el incumplimiento contractual que surgió como consecuencia de la dimisión unilateral del empleo por la trabajadora, como pretende hacer valer la encartada.

Y es que no puede entender de otra manera, debido a que la cláusula contractual que se suscribió refleja la intención de la empleadora de imponer una carga impositiva a la trabajadora, so pretexto de que aquella resultaba beneficiada de la formación y por tanto era quien debía asumir los costos que generaba, cuando en términos del tantas veces citado convenio, la empresa accionada empleó dicho mecanismo en provecho suyo y con miras a satisfacer un deber legal que le es propio, cuyo objetivo, se repite, no era la de facilitar a la promotora del proceso obtuviera mayores competencias profesionales y personales, sino, la de proporcionarle condiciones para cabal cumplimiento de las funciones, de allí que no tuviera el deber de reintegrar suma alguna por concepto de capacitación, ni menos deducirlas de sus prestaciones.

Adicionalmente, es necesario precisar que los valores descontados por el empleador provienen en últimas de una **sanción** que fijó el empleador a la trabajadora presuntamente incumplida ante la dejación del empleo con inobservancia del término de permanencia acordado, lo que lleva a la Sala, además, a concluir que, para los fines plasmados en el multicitado convenio, estaba imposibilitada la accionante para disponer de sus prestaciones sociales y en ese orden, autorizar a la enjuiciada para que compense de las mismas la deuda contraída, pues la ley no faculta *per se* a la trabajadora incumplida

para que disponga de sus acreencias laborales en orden de resarcir el daño que se le atribuye generó al empleador con el rompimiento del contrato laboral, ni menos que por virtud de dicha autorización el empleador quedara facultado para realizar la retención o deducción.

Ahora, es cierto que el artículo 151 del CST dispone que el empleador y su trabajador pueden acordar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda, lo que en línea de principio permitiría colegir que en el caso sub examine la empleadora estaba facultada para deducir el valor de la capacitación de la liquidación final de acreencias laboral en razón a que contaba con autorización escrita de la trabajadora, máxime cuando surge patente, según el criterio sentado por nuestra máxima corporación de justicia ordinaria, que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica siempre que se haga en vigencia de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador, de suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061)

No obstante, para la Sala, si bien el mecanismo utilizado por la demandada para deducir y asegurar la solución del valor que se generó en razón del incumplimiento contractual por parte de la trabajadora, puede tener visos de legalidad en los términos antedichos, ello en realidad no tiene cabida en este caso en particular a partir de la reflexión que hizo la Sala en forma precedente, que dio lugar a restarle eficacia al convenio soporte de la retención.

Así, aunque la suscripción del multicitado acuerdo, que contenía entre otras, la autorización de descuento del valor de las prestaciones sociales, surge como consecuencia de la expresión de la voluntad de la gestora del proceso, es claro que dicha autorización no podía surtir efectos ante la falta de validez del negocio jurídico, y ante la inexistencia de dicho presupuesto tampoco podía el empleador deducir, retener o compensar suma alguna del salario, conforme lo prevé el artículo 149 del CST, en tanto que el concepto por el cual se efectuó el descuento no se halla dentro de los legalmente permitidos en el numeral 1º del artículo 59 del C.S.T. Entonces, si el convenio celebrado entre las partes no podía nacer a la vida jurídica, no desatinó la a quo al dejarlo sin efecto, pues tal intelección resulta acorde con lo previsto en los artículos 13, 14 y 43 del C.S.T. Lo anterior, además, si se tiene en cuenta que existen otras medidas para hacer exigible la deuda por parte del empleador, aunado a que esa restricción a la dejación del empleo comportaría afectación de su libertad de escogencia de profesión u oficio (SL2120-2022).

Por lo dicho, queda claro que la falladora de primer grado no cometió yerro alguno al restarle validez a la cláusula quinta del acuerdo de permanencia suscrito el 1 de junio de 2018, por cuanto el convenio sobre el descuento de las prestaciones sociales de la trabajadora, si bien fue autorizado, deviene en ineficaz a la luz del art. 43 del CST y vulnera el mínimo de derechos y prerrogativas legales que por su misma naturaleza son irrenunciables, conforme lo disponen los artículos 13 y 14 del mismo estatuto, razones más que suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, pues contrario a lo aseverado por la recurrente, ningún desafuero incurrió.

5. Costas. En esta instancia a cargo de la demandada, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

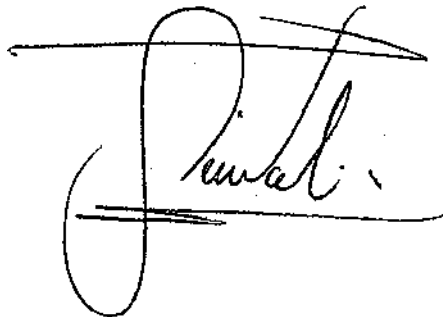
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de agosto del 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Annar Diagnóstica Import S.A.S. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

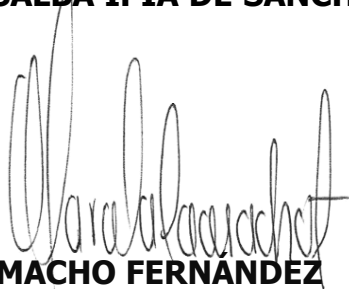


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **PAULA LORENA SÁENZ GÓMEZ** y a cargo de **ROSALBA IPIA DE SÁNCHEZ**, en la suma de \$3.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ÉDGAR ENRIQUE TOVAR RUBIO
DEMANDADO: BAVARIA S.A. Y OTROS.
RADICACIÓN: 110013105-035-2016-00346-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SAMUEL CAMILO MONROY MORALES, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de CCL SAS, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ÉDGAR ENRIQUE TOVAR RUBIO instauró demanda ordinaria contra BAVARIA S.A., con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato a término indefinido desde el 30 de abril de 2008 y actualmente vigente; que se declare que al momento del traslado, esto es, 27 de marzo de 2015, prestaba sus servicios en las instalaciones de BAVARIA S.A., en consecuencia, se condene a BAVARIA S.A. a restituirlo al mismo sitio de trabajo en la planta ubicada en la Avenida Boyacá No 09-02, junto con el pago de los salarios en razón a \$2.300.000 mensuales, tal como se indica en el pacto colectivo, por ser adherente; las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de junio y diciembre, conforme lo establece el pacto colectivo, desde el 27 de marzo de 2015, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, uno de los objetos sociales de BAVARIA S.A. es la fabricación de cervezas, la producción y transformación de bebidas alimenticias; que se encuentra vinculado a Bavaria S.A. a través de Suppla S.A.; que inició su relación laboral con Bavaria S.A. desde el 30 de abril de 2008, ejerciendo el cargo de montacarguista o auto elevador, percibiendo un salario de \$905.610 mensuales; que el horario de trabajo se cumplió dentro de las instalaciones de Bavaria S.A., recibiendo ordenes de los jefes de la empresa Bavaria S.A., quienes le indicaban la velocidad con que debía andar en el auto elevador, la altura, así como la programación de los turnos que se hacían en las carteleras de la demandada; que la remuneración se recibía por intermedio de Suppla S.A.; que en Bavaria S.A. existe una organización sindical denominada ASONTRAINCERV, al cual se encuentra afiliado, y además fue elegido como tesorero, y de ello se comunicó a Bavaria S.A.; que el 27 de marzo de 2015 le fue comunicado su traslado, debiéndose presentar en la carrera 8 No 8-46 en la ciudad de Bogotá, donde se presentó, pero no se le permitió el ingreso, de lo cual dejó constancia; que en Bavaria S.A. existe un pacto colectivo, el que fijó un salario de \$2.300.000 para el cargo de auto elevador o montacarguista; que es adherente al pacto colectivo; que Bavaria S.A. le adeuda los

salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de junio y diciembre, causados desde el 27 de marzo de 2015; que el 10 de junio de 2016 le comunicó a Bavaria S.A. sobre el diagnóstico de la enfermedad laboral (Fols. 3 a 16 archivo No 01).

2. Contestaciones:

2.1 BAVARIA S.A.. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que el demandante no tuvo vinculación laboral ni le prestó servicio alguno a Bavaria S.A., al contrario, se evidencia que el actor ha tenido más de un empleador debidamente identificado, como son SERDAN S.A., ACTIVOS S.A., MANPOWER LTDA, y SUPPLA S.A., terceros independientes y diferentes a BAVARIA S.A.; que SUPPLA S.A. a partir del 27 de marzo de 2015, en su condición de empleador y no Bavaria S.A., es quien ejerció y ejerce en la actualidad la facultad subordinante y quien deberá responder por toda actuación. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad laboral, falta de título y ausencia de causa en los demandantes, buena fe, y compensación. (fols. 273 a 319, y 388 a 392 archivo No 01)

2.2 SUPPLA S.A.. Dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que a pesar de que las pretensiones no están dirigidas contra la aquí demandada, se debe tener en cuenta que no existe sustento alguno para que el demandante desconozca su vinculación al servicio de SUPPLA S.A. con el objeto de obtener la declaratoria de un contrato de trabajo con la codemandada BAVARIA S.A.; que el 27 de marzo de 2015, no se dispuso el traslado del demandante, sino que se le citó con el fin de impartirle instrucciones específicas en relación con las obligaciones a su cargo y recibir capacitaciones, dada la terminación del contrato de operación logística que existía con Bavaria S.A.; que la relación laboral con el demandante es desde el 01 de junio de 2010, para ocupar el cargo de Auxiliar Operativo Montacargas, cargo que sigue ocupando, aun cuando no este prestando sus servicios dada la aplicación por parte de la demandada de lo establecido en el artículo 140 del CST, desde el 25 de junio de 2015; que a la fecha ha reconocido la totalidad de salarios y prestaciones sociales causadas. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones y derechos reclamados, cobro de lo no debido, pago y compensación, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 532 a 552 archivo No 01, y 570 a 578 archivo No 02).

2.3 SERDAN S.A.. Dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el demandante prestó sus servicios a SERDAN S.A. a través de un contrato laboral entre el 01 de abril de 2008 al 5 de julio de 2008, por lo que el demandante y Bavaria S.A. jamás tuvieron relación laboral alguna en ese lapso; que durante tal periodo estuvo subordinado a SERDAN S.A. y se le pagaron todas y cada una de las acreencias laborales que se generaron. Propuso como excepciones de fondo las de existencia de relación laboral entre el demandante y mi defendida, inexistencia de relación laboral entre el demandante y Bavaria S.A., prestación del servicio del demandante a mi defendida, no prestación del servicio del demandante a Bavaria S.A., subordinación del demandante a mi defendida, no subordinación del demandante a Bavaria, libertad de empresa, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representada, ausencia de prueba de lo que se pretende, buena fe, mala fe de la demandante, inexistencia de la obligación, compensación, la genérica, prescripción, y falta de legitimación en la causa por pasiva. (fols. 281 a 305 archivo No 02).

2.4 ACTIVOS S.A.. En replica a la demanda manifestó que ni acepta ni rechaza las pretensiones, dado que son pretensiones dirigidas en contra de una sociedad diferente a la aquí demandada; que ACTIVOS S.A. en desarrollo de su objeto social y en virtud el contrato celebrado con CCL CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., envió al demandante como trabajador en misión a esta última entidad, quien a la vez suscribió un contrato de operación logística con BAVARIA S.A., por lo que CCL CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A. remitió al demandante a las instalaciones de BAVARIA S.A.. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, y compensación.

(fols. 336 a 356 archivo No 02).

2.5 SERVIOLA S.A.S. En oposición a la demanda manifestó que ni acepta ni rechaza las pretensiones, dado que son pretensiones dirigidas en contra de una sociedad diferente a la aquí demandada; que SERVIOLA S.A.S. en desarrollo de su objeto social y en virtud el contrato celebrado con CCL CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., envió al demandante como trabajador en misión a esta última entidad, quien a la vez suscribió un contrato de operación logística con BAVARIA S.A., por lo que CCL CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A. remitió al demandante a las instalaciones de BAVARIA S.A.. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, y compensación.

(fols. 465 a 484 archivo No 02).

2.6 CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA-CCL S.A.. En defensa de sus intereses manifestó que ni acepta ni rechaza las pretensiones, dado que son pretensiones dirigidas en contra de una sociedad diferente a la aquí demandada. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, y declaratoria de otras excepciones. (fols. 608 a 613 archivo No 02).

2.7 MANPOWER LTDA. En oposición a la demanda manifestó que no hay lugar a la existencia del contrato de trabajo con BAVARIA S.A., dado que lo que existió fue un contrato de trabajo entre el demandante y Manpower LTDA que inició desde el 2 de agosto de 2009 hasta el 31 de mayo de 2010, enviado como trabajador en misión a la empresa usuaria ALMACENAR S.A. (hoy SUPPLA S.A.) para atender una necesidad temporal y extraordinaria en el cargo de auxiliar operativo montacargas; que no tiene obligación directa ni solidaria frente a eventuales condenas, ya que se sustentan en hechos ocurridos con posterioridad a la terminación del vínculo con Manpower. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, y compensación. (fols. 1 a 12 archivo No 18).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de enero de 2022, mediante la cual el Juzgado absolvió a BAVARIA S.A., SERDAN, CCL S.A., MANPOWER LTDA, SERVIOLA S.A., ACTIVOS S.A., y SUPPLA S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ÉDGAR ENRIQUE TOVAR RUBIO; declaró probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, inexistencia de la responsabilidad laboral propuestas por BAVARIA S.A., existencia de relación laboral entre el demandante y mi defendida, inexistencia de relación laboral entre el demandante y Bavaria, prestación del servicio del demandante a mi defendida, no prestación del servicio del demandante a Bavaria, subordinación del demandante a mi defendida, no subordinación del demandante a Bavaria, inexistencia de la obligación, propuestas por Serdán e inexistencia de la obligación propuestas por ACTIVOS S.A., SERVIOLA,

MANPOWER DE COLOMBIA, SUPPLA S.A. y CCL Corporación Colombia de Logística S.A.; y finalmente, gravó en costas al demandante. (Fol. 2 a 4 archivo No 50 con audiencia virtual)

Fundamentó su decisión, en que, de conformidad con los artículos 22, 23 y 24 del CST, al actor le corresponde acreditar la prestación personal del servicio para que se active la presunción en su favor; sin embargo, en el sub examine el a quo concluyó que el demandante no logró demostrar el primer elemento para declarar la existencia de contrato de trabajo con BAVARIA S.A., en los siguientes términos:

"De acuerdo con el caudal probatorio arrimado al expediente y dada las anteriores consideraciones, debe indicarse que no fue allegado al expediente prueba que reflejara la prestación personal del servicio por parte del demandante o que reflejara un acuerdo laboral ni pago de salarios con Bavaria, con la empresa demandada, como quiera que de acuerdo con lo que se ha demostrado en el juicio, el demandante como operario de depósito o auxiliar de distribución, auxiliar de recibo y de despacho, montacarguista, todos los cargos que desempeñó, desarrolló su actividad laboral a favor de los operadores logísticos, Corporación Colombiana de Logística, en este caso era el tercero y Supla también tercero, quienes, a su vez en desarrollo de un acuerdo comercial, prestaron los servicios de operación logística de productos y empaques, así como el servicio de traslado de botellas, reempaque de productos, cargue y descargue de vehículo, revisión de envases, alistamiento de productos para exportación, remonte y desmonte de vehículos de distribución, entre otros, sin que por este mero hecho se pueda predicar que Bavaria fungiera como empleador del demandante, más cuando quedó acreditado con absoluta claridad que la subordinación y direccionamiento de la actividad laboral se encontraba en cabeza de los citados operadores logísticos.

Aunado a lo anterior, resaltamos que el contrato de operación logística entre Bavaria y Supla S.A. finalizó y se liquidó el 29 de marzo de 2015 como da cuenta el documento 382 a 384, el archivo 1 y 162 al 168 del archivo 2 del expediente digital.

Pese a ello y para demostrar que no se da la figura que se alega en esta demanda, se mantiene vigente el contrato de trabajo con el señor Edgar Enrique Tovar Rubio, ahí está aún más clara e inclusive hasta el 4 de diciembre de 2017, conforme aparece en el documento de folio 620 a 755 del archivo 1 y 1 a 8 y 14 del archivo 2 del expediente digital y por ende, resulta absolutamente claro que Bavaria en opinión de este despacho, nunca fungió como empleador".

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue interpuesto recurso de alzada por el **demandante**, quien señaló que está plenamente demostrado que el demandante ingresó a trabajar a favor de BAVARIA S.A., desarrollando actividades propias del objeto social a partir del año 2008, las cuales están señaladas tanto en el Certificado de Existencia y Representación como los documentales obrantes en el expediente; que la prestación del servicio a favor de BAVARIA S.A., se vio regida por la intermediación ilegal, con las distintas empresas como Supla, Activos, Almagran, Serviola, CCL y todas las empresas que sirvieron como intermediarias, ya que se desarrollaron actividades que son propias del objeto social de BAVARIA S.A.; que la asignación del trabajo y objetos fundamentales para la ejecución de sus funciones eran suministrados directamente por la empresa Bavaria, lo cual demuestra la subordinación, además que las empresas intermediarias no contaban con la autonomía técnica requerida para la ejecución de su trabajo; que ya

se han presentado dos procesos similares de dos trabajadores que desempeñaban sus funciones como operarios de auto elevador, montacargas y donde se logró demostrar que efectivamente, estos trabajos eran ejercidos de manera ilegal, que simplemente en las empresas servían como simples intermediarios, demostrando la mala fe de Bavaria en su desarrollo y en su ejecución; que las funciones desarrolladas por el demandante eran señaladas e indicadas de forma clara por la empresa Bavaria; que en la actualidad el demandante goza de estabilidad laboral reforzada producto de los accidentes de trabajo y de las enfermedades padecidas al interior de la empresa tal y como el mismo actor lo planteó en el interrogatorio de parte, donde indicó de manera clara que sufrió un accidente al interior de Bavaria desempeñando sus funciones y que actualmente, aparte de sufrir discopatía y sufrir una serie de patologías incluyendo la hipoacusia, de origen profesional, se encuentra en proceso de calificación, lo cual le da estabilidad laboral reforzada, enfermedades que fueron adquiridas en desarrollo de sus funciones al interior de Bavaria.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Manpower LTDA. Solicita que se mantenga la decisión absolutoria, ya que no existe yerro alguno en la valoración probatoria realizada por el a quo.

6.2 Demandante. Solicita se revoque la decisión de instancia y se declare la existencia de la relación laboral bajo el principio de la realidad sobre las formas, dado que en efecto el empleador fue BAVARIA S.A., quien hizo uso indebido de la figura de la tercerización laboral.

6.3 Serviola SAS. Peticiona que se confirme la decisión de instancia que la absuelve de cualquier condena, máxime si se tiene en cuenta que nunca sostuvo ningún tipo de vínculo contractual con BAVARIA S.A.

6.4 Suppla S.A.. Manifiesta que fue acertada la valoración probatoria del a quo, pues Suppla S.A. era quien dirigía y coordinaba los operadores logísticos, es decir, ejercía el poder subordinante, y por ende, no puede darse la existencia de la relación laboral del demandante con BAVARIA S.A.

6.5 Logística CCL S.A. Manifiesta que no se presenta responsabilidad solidaria, además que entre el demandante y tal entidad no se presentó ningún vínculo laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problemas jurídicos. Consisten en establecer (i) ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada (BAVARIA S.A.) logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? En caso positivo, (ii) ¿Le asiste derecho al actor a restituirlo al mismo sitio de trabajo en la planta de BAVARIA S.A., desde el 27 de marzo de 2015, junto con el pago del salario en razón a \$2.300.000 mensuales, conforme el pacto colectivo, las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de junio y diciembre?

3. Relación laboral. Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior para significar que en materia laboral, la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determinan los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada BAVARIA S.A. tuvo lugar desde el 30 de abril del 2008 y aún se encuentra vigente. Prestación personal del servicio y extremos temporales que se dividen de la siguiente manera: entre el 01 de abril de 2008 al 05 de julio de 2008 a través de SERDAN, como operario de depósito, para el cliente BAVARIA S.A. (Fol. 63 archivo No 01); con la Corporación Colombiana de Logística – CCL S.A., a través de empresas de servicios temporales: desde el 06 de julio de 2008 al 13 de junio de 2009 con ACTIVOS S.A., en el cargo de auxiliar de distribución (Fols. 62 archivo No 01); del 18 de junio de 2009 al 02 de agosto de 2009 con SERVIOLA S.A., como auxiliar de recibo y despachos (Fols. 60 archivo No 01); del 02 de agosto de 2009 al 31 de mayo de 2010 con MANPOWER S.A., en el cargo de auxiliar de recibo y despacho, enviado a la empresa usuaria ALMACENAR, hoy SUPPLA S.A. (Fols. 1 archivo 19, y folios 1 a 3 archivo No 20), y desde el 01 de junio de 2010 hasta la fecha con SUPPLA S.A., a través de un contrato a término indefinido en el cargo de auxiliar operativo montacargas (Fol. 58 y 630 a 755 archivo No 01, y folios 579 a 585 archivo No 02).

En este punto se precisa que SERDAN, la Corporación Colombiana de Logística – CCL S.A. y SUPPLA S.A., contrataron con BAVARIA S.A. la operación logística (Fol. 289 archivo No 01, Folios. 655 a 680 archivo No 02, y folios. 321 a 384), y en cumplimiento de tal vínculo fue enviado el actor a prestar sus servicios a las instalaciones de BAVARIA S.A., en los lapsos y cargos enunciados anteriormente.

Del mismo modo, el testigo Dairo Aleixer Ferreira Yanguma, quien manifestó haber sido compañero de trabajo del actor, dio cuenta de que el señor Édgar Enrique Tovar Rubio se desempeñó en BAVARIA S.A. como operario; recuerda que inició aproximadamente en el año 2008, ejerciendo actividades *"en la parte de la línea de producción, cargando y descargando producto, llenando las líneas de producción. Ahí*

donde yo trabajé con el compañero Edgar Tovar en Bavaria, pero todo eso qué temporales eran solamente como doctor, sea algo porque nosotros siempre prestamos servicio a Bavaria directamente”; igualmente, a la pregunta en relación con los vínculos laborales con Suppla, Activos, Serviola, Serdán, Corporación Colombiana de Logística y Manpower, respondió que “porque allá, pues, cambiaba de temporal cada nada. Pues nosotros entramos. Teníamos unas reuniones antes de cada turno. El ingeniero de Bavaria que tenemos en cada turno decía mira, muchachos, se cambió de empresa temporal, pero no explicaban por qué, pasen firmen el contrato. Pero entonces uno pasaba a firmar el contrato, doctor. Pero eso, pues nos tocaba firmarlo porque si no nos quedamos sin trabajo, pero igualmente, doctor, yo veo que eso nunca se cumplió porque todo se hacía en Bavaria, con la productora de Bavaria, la maquinaria y los que lo mandaban a uno eran gente de Bavaria.”

Lo anterior lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio por parte del accionante, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde BAVARIA S.A. deberá desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado “onus probandi”, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de “*reus, in excipiendo, fit actor*”, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

En este punto viene a propósito traer a colación el precedente judicial de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tiene aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citado por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregonar que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un “*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*”.

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompañan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL467 de 2019, reiterada en la SL1089-2022, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la tercerización laboral, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

"Desde luego que para la Corte la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.

La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.

Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal" (Negrilla fuera del texto).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que BAVARIA S.A. no logró derruir la presunción legal acerca de que la prestación del servicio fue subordinada, por cuanto es evidente que el actor actuó bajo una de sus actividades misionales, en virtud de lo establecido en el certificado de existencia y representación legal (Fols. 232 a 269 archivo No 01), ya que además de la fabricación de cervezas, la producción y transformación de bebidas alimenticias, o fermentadas o destiladas, entre otras, también se dedica a *"la adquisición, enajenación, comercialización, distribución, exportación, almacenamiento y expendio no solo de sus propios productos sino también los de otros fabricantes relacionados con estos ramos industriales"*, es decir, la actividad que desarrollaba el actor como auxiliar de distribución, auxiliar de recibo y despachos, y auxiliar operativo montacargas como fue contratado por terceros, en esencia corresponde a una actividad misional de BAVARIA S.A., y si bien, no es la principal, sí está dentro de su objeto social, lo cual, conlleva a sacar una primera conclusión, y es que, se equivocó el a quo cuando manifiesta que la labor del demandante no era parte del objeto social, al no estar dedicado a la fabricación de cervezas, la producción y transformación de las mismas, pues dejó de apreciar en su totalidad las actividades desarrolladas por BAVARIA S.A., contenidas en su objeto social.

Ahora, BAVARIA S.A. en su defensa aduce que la operación logística estaba tercerizada, inicialmente con SERDAN, luego con la Corporación Colombiana de Logística – CCL S.A. y finalmente con SUPPLA S.A., por lo que no ejerció subordinación; no obstante, última

la Sala que ello solo se quedó en el dicho de la representante legal Ruth Viviana Pinilla Mesa, quien además manifestó que ningún funcionario de BAVARIA S.A. daba instrucciones al demandante, en la medida en que ello estaba a cargo de los supervisores y/o coordinadores del operador logístico, pero en modo alguno en el diligenciamiento se demostró por parte de BAVARIA S.A. que ello hubiere sido de esa manera, por el contrario, el testigo Dairo Aleixer Ferreira Yanguma aseveró que recibían instrucciones de los ingenieros de BAVARIA S.A., como Álvaro Escobar, Adolfo Gil, Ramón Hernández, y Johnny Osorio, lo que conllevaba a que BAVARIA S.A., en virtud de la carga de la prueba que recaía en su cabeza, demostrara que en efecto tales personas no eran sus trabajadores sino del operador logístico, y no como lo concluyó el cognoscente de instancia, al afirmar que el actor no demostró que las personas de las cuales recibía órdenes eran funcionarios directos de BAVARIA S.A., por ende, en este aspecto también cometió un desatino el juez primigenio.

Igualmente, a folio 178 archivo No 01, obra una planilla de funcionarios relacionados con la "distribución Bogotá", en la que se encuentra Adolfo Gil en el cargo de especialista de almacenamiento, y ninguno de los allí relacionados tiene el cargo de "interventor de los contratos de los operadores logísticos", como lo expresó la representante legal, es decir, no demuestra BAVARIA S.A. que la actividad de operación logística hubiera estado tercerizada en debida forma, esto es, que el tercero haya tenido su propia estructura por lo menos desde el aspecto funcional, al contrario, lo que se evidencia es que se quiso evadir la contratación directa a través de terceros.

Del mismo modo, del contrato de operación logística suscrito entre la Corporación Colombiana de Logística S.A.- CCL S.A. y BAVARIA S.A. (Fol. 655 archivo No 02), se evidencia que el objeto contractual consiste en que el "Operador Logístico, obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica, administrativa y directiva, se obliga a prestar a La Empresa el servicio de operación logística de Productos y Empaques (tarifa operación logística) y demás funciones pactadas como serán el reempaque de producto, aseo del centro de distribución, trasiego de envase, trabajo dominical, remonte y desmonte de vehículos botelleros de distribución (tarifa separada)", por lo que, desde el punto de vista formal está reflejada la autonomía técnica, administrativa y financiera, sin embargo, en la práctica ello no aconteció de esa manera, ya que BAVARIA S.A. entregó a los operadores logísticos a título de comodato unos inmuebles y otros elementos (Fol. 56 y 360 archivo No 02), con los cuales debía cumplir el objeto contratado, lo que lleva a concluir a la Sala que el proceso de tercerización no se acopla a los parámetros legales, dado que el operador logístico no solo no tenía una estructura organizacional propia, sino que tampoco tenía un aparato productivo propio, y de esa manera, igual como lo dijo la Corte, *"Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal"*.

De otro lado, ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL4479-2020), que la tercerización es legal y puede utilizarse para diversos fines, como una *"(i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las"*

empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible"; empero, ni de asomo puede sostenerse que la tercerización de la operación logística en el sub examine haya cumplido tales cometidos, ello en la medida en que no se demostró por las encartadas, en especial por BAVARIA S.A. que la tercerización de la operación logística haya estado direccionada funcional y jerárquicamente por el operador logístico contratado, en este caso particular por SERDAN, luego con la Corporación Colombiana de Logística – CCL S.A. y finalmente con SUPPLA S.A., por el contrario, lo que se evidencia es que solo fueron simples intermediarios que contrataron al demandante para realizar un actividad propia de BAVARIA S.A., o dicho de otro modo, BAVARIA S.A. haciendo uso de la figura de la tercerización laboral evadió la contratación directa del demandante.

De lo dicho, en el sub examine, no se demostró por parte de BAVARIA S.A. que la operación logística en la que se incluye las actividades desarrolladas por el actor se hayan desarrollado en estricto sentido con autonomía técnica, administrativa y directiva por parte del operador logístico contratado, y mucho menos se logra demostrar que el operador logístico (SERDAN, CCL S.A. y SUPPLA S.A.) hayan tenido *"una estructura propia y un aparato productivo especializado"*, y bajo ese horizonte, considera la Sala que el juzgador de primer grado se equivocó en la decisión absolutoria.

Finalmente, se allega por BAVARIA S.A. una certificación (Fol. 385 archivo No 01) en la que se dice que "en la estructura organizacional de BAVARIA S.A. no existe el cargo de OPERARIO DE MONTACARGAS que el demandante afirma haber ocupado al interior de la Compañía. Es importante precisar, que BAVARIA S.A. contrata estos servicios con compañías comerciales reconocidas en el mercado como especialistas en el servicio de operadores logísticos, quienes ostentan la calidad de contratistas independientes y actúan con plena autonomía técnica y directiva dentro del desarrollo de sus actividades al servicio de la Compañía"; empero, de todo lo antes dicho no logra vislumbrarse o por lo menos no se demostró por la demandada, siendo de su cargo hacerlo, esa "plena autonomía técnica y directiva" del operador logístico contratado, y en cuanto al cargo al interior de la entidad, acota la Sala que muy a pesar de que la representante legal manifestó que en efecto ese cargo no existe, a folio 109 se allegó un documento titulado por BAVARIA S.A. como "manual de operación operarios montacargas" con las respectivas actividades, es decir, que se desvanece no solo lo certificado por BAVARIA S.A. a folio 385 archivo No 01, sino también se reafirma la postura de que los operadores logísticos no tenían autonomía técnica ni directiva, máxime cuando nada se dijo ni se probó respecto a las afirmaciones del actor y del testigo, quienes refirieron que las ordenes eran recibidas por personal directo de BAVARIA S.A.

Siendo ello así, queda claro que erró la Juez de primigenio al concluir que el actor desarrolló su actividad laboral a favor de los operadores logísticos, descartando la existencia de la relación laboral con BAVARIA S.A. y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

4. Extremos temporales de la relación. Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 30 de abril de 2008, y aún se encuentra vigente. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde el 01 de abril de 2008 (Fol. 63 archivo No 01), igualmente, no mediaron interrupciones superiores a 30 días, existiendo un vínculo lineal entre las partes desde la mencionada data (CSJ Sala Laboral Rad 36897/10, Rad. 47590/16 y SL981/19); no obstante, como en la pretensión primera y el hecho tercero de la demanda se hace

alusión a que la relación laboral empezó el 30 de abril de 2008, se tendrá esta fecha como inicio de la relación laboral, pues el juez de segundo grado no puede desconocer el principio de congruencia o emitir una decisión con base en las facultades ultra y extra petita (SL2808-2018), además tampoco se encuentra en discusión derechos mínimos e irrenunciables (SL5863-2014).

Frente al extremo final, se tendrá como tal el 27 de marzo de 2015, dado que en esa calenda dejó de prestarle servicios a BAVARIA S.A., y así se logra extraer no solo de la demanda, cuando menciona que "se presentó a las instalaciones de la empresa BAVARIA S.A., el 27 de marzo de 2017 y no se le permitió entrar", sino también porque obra acta de finalización y liquidación del contrato de operación logística con SUPPLA S.A. (Fol. 382 archivo No 01), aunado a que el propio actor en el interrogatorio de parte manifestó que "actualmente no le está prestando servicios directamente a BAVARIA", es decir, la relación laboral directa con BAVARIA S.A. no se puede extender más allá del 27 de marzo de 2015, pues uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo es que "*esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada*" (SL11977-2017), lo que no se logra extraer de la prueba obrante en el sub examine.

Ahora, se pretende en el libelo genitor que se restituya al mismo sitio en las instalaciones de BAVARIA S.A. desde el 27 de marzo de 2015 en adelante, junto con los salarios y demás acreencias laborales del pacto colectivo; sin embargo, considera la Sala que ello no es procedente, pues a partir del 27 de marzo de 2015 se dejó de prestar servicios a favor de BAVARIA S.A., y si bien se declaró la existencia de la relación laboral con BAVARIA S.A. bajo el principio de la realidad, de ninguna manera ello conlleva a establecer que el vínculo laboral con el actor continua vigente, pues ante el hecho indiscutido de que a partir de esa fecha (27 de marzo de 2015) no le permitieron entrar a BAVARIA S.A., lo que logra configurarse es que la relación laboral finalizó sin justa causa, pero como ninguna pretensión se endereza en ese sentido, ninguna condena aflorará al respecto.

De igual modo, el hecho de que a partir del 27 de marzo de 2015, SUPPLA S.A. le haya comunicado que debía presentarse en un lugar diferente a BAVARIA S.A. (Fol. 579 archivo No 02) y que desde esa fecha le esté reconociendo los salarios sin prestar el servicio en virtud del artículo 140 del CST (Fols. 621 a 755 archivo No 01), tampoco conlleva a la Sala a declarar que el vínculo laboral con BAVARIA S.A. se haya extendido más allá del 27 de marzo de 2015, pues no se puede pasar por alto que a partir del 27 de marzo de 2015 no ha ingresado a las instalaciones de BAVARIA S.A. y, por ende, no le ha prestado su fuerza laboral.

De otro lado, la reinstalación o restitución que pretende el demandante, pudiese asimilarse al reintegro al mismo cargo, el cual tampoco es procedente, ya que para ello se requiere que el despido haya sido a raíz de una situación especialísima, en particular, que lo favorezca con la estabilidad laboral reforzada, pero ello no se acredita, pues solo se hace alusión en la demanda a que "le comunicó a la empresa BAVARIA S.A., el 10 de junio de 2016, sobre el diagnóstico de la enfermedad laboral", y de ello obra en efecto una comunicación a folio 177 archivo No 01, con la referencia "*dictamen pericial, diagnóstico origen enfermedad laboral*", sin embargo, ello es insuficiente, ya que ninguna probanza sustenta lo allí dicho, no se aporta el dictamen a que hace referencia, máxime, si se tiene en cuenta que el verdadero empleador BAVARIA S.A., fue informado hasta el 16 de junio de 2016, esto es, con posterioridad al fecha del finiquito laboral, razón más que suficiente para negar la reinstalación pretensa.

En lo que respecta a estructurar la estabilidad ocupacional reforzada con el dicho del actor en el interrogatorio, como lo aduce el apoderado judicial, acota la Sala que a dichas afirmaciones no se le puede restar su eficacia probatoria por el hecho de que las mismas fueron vertidas por los accionantes en sus interrogatorios de parte, dado que, aunque esta Corporación insistentemente ha señalado que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas, para sacar provecho o beneficiarse de ella, máxime cuando es evidente que de su dicho no puede extraerse una confesión pura y simple, en tanto que no se observa que produzcan consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria, en términos del artículo 195 del C.G.P., no obstante, también se ha dicho que se deben apreciar como simples declaraciones de parte, que deben ser respaldadas con otros medios de prueba, lo que no acontece en el sub lite, dado que solo se tiene su dicho sin ningún medio de convicción adicional que permita corroborar que su estado de salud, para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo, lo colocaba en situación de debilidad manifiesta y por ende en la estabilidad ocupacional reforzada.

Para mayor claridad respecto al interrogatorio de parte, el Código de Procedimiento Civil, suponía admitir que cada parte podía citar a la otra a interrogatorio, a efectos de lograr exclusivamente su confesión, y por ello aquellas manifestaciones de las partes que no constituyan confesión no debían ser tenidas en cuenta por el juez, sin embargo, con la vigencia del Código General del Proceso, se establece en la sección tercera lo relacionado con el régimen probatorio, y en su capítulo III la *"declaración de parte y la confesión"*, es decir, dos medios de prueba autónomos, pues mientras lo desfavorable se toma como confesión, lo que no constituye confesión puede ser apreciado por el juez como una simple declaración, tal como lo previene el inciso final del artículo 191 del C.G.P, en la que a la letra reza: *"La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas"*.

La doctrina también ha estudiado este tema y ha evidenciado el cambio que incorporó el CGP a su código antecesor, en los siguientes términos: *"los modernos sistemas que adoptan la victoriosa oralidad, entre ellos el del CGP, al acrecentar la inmediación y la libre valoración de las pruebas, engrandecen el significado principal del contacto personal e inmediato del juez con las partes y prácticamente sin excepción reconocen el vigor y la eficacia probatoria de la simple declaración de parte, obtenida en un interrogatorio libre"*. (Código General del Proceso- Aspectos probatorios – Ulises Canosa Suarez¹).

Finalmente, como no triunfaron las peticiones de condena frente a las acreencias laborales estudiadas respecto de la empleadora BAVARIA S.A., resultaría inocua hacer referencia a alguna responsabilidad solidaria respecto de las codemandadas, y por ello, por sustracción de materia se impartirá absolución.

Colofón de lo dicho, habrá de revocarse la decisión de instancia, declarando la existencia de la relación laboral y absolviendo a las demandadas de las demás suplicas de la demanda, conforme lo atrás dicho.

5. Costas. Sin costas en esta instancia, dado que prosperó parcialmente el recurso de alzada en lo relativo a la declaratoria del contrato. Las de primera se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tésense.

¹ <http://jurisuniroario2012.blogspot.com.co/2012/08/codigo-general-del-proceso-aspectos.html>

DECISIÓN

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

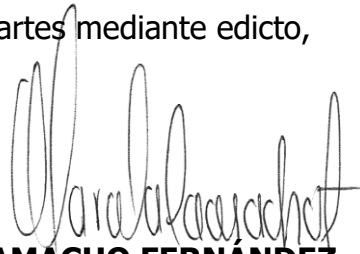
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de enero del 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las demandadas de las pretensiones del actor, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **ÉDGAR ENRIQUE TOVAR RUBIO** y la empresa **BAVARIA S.A.**, entre el 30 de abril de 2008 al 27 de marzo de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

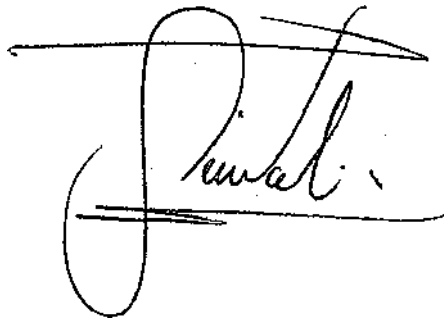
SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en su contra por **ÉDGAR ENRIQUE TOVAR RUBIO**.

TERCERO: SIN COSTAS en costas instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: AFP PORVENIR S.A.
Demandada: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicado No.: 11-2017-00796-01
Tema: RENTA VITALICIA INMEDIATA- APELACIÓN DEMANDADA –
REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. AFP Porvenir S.A. instauró demanda ordinaria contra Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., con el propósito de que sea condenada a contratar un seguro de renta vitalicia con los afiliados Henry Omar James Ojeda, Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo, para el pago de la pensión de invalidez a su favor, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2.31.1.6.5 del Decreto 2555 de 2010. De manera subsidiaria peticiona que se declare que la demandada está obligada a pagar la suma adicional faltante, para completar el valor de la prima que cueste el seguro de renta vitalicia de los citados afiliados. En todo caso, solicita costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que a los afiliados Henry Omar James Ojeda, Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo, les fue reconocida pensión de invalidez en las siguientes fechas:

Afiliados	
Henry Omar James Ojeda	16/08/2016
Vergelio Sánchez Cueno	6/09/2016
Jorge Castrillón Ocampo	6/09/2016

Dijo que, para el pago de las prestaciones económicas, la AFP, en virtud del contrato de seguro previsional, reclamó a la aseguradora demandada la suma adicional necesaria para completar el capital con el cual se va a financiar las mismas, realizando su cancelación en las siguientes fechas y cuantías:

Afiliados		
Henry Omar James Ojeda	3/08/2016	\$ 212.904.063,00
Vergelio Sánchez Cueno	16/08/2016	\$ 232.991.621,00
Jorge Castrillón Ocampo	16/08/2016	\$ 135.170.876,00

Precisó que Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo solicitaron que cotizara la contratación de renta vitalicia como modalidad de pago de pensión de invalidez, mientras que Henry Omar James Ojeda, la cotización para la contratación de renta vitalicia en virtud de lo que se denomina “*control de gastos*”, obligación consagrada en el artículo 12

del Decreto 832 de 1996. Así refirió que, solicitó a la aseguradora la expedición del seguro de renta vitalicia inmediata a los tres pensionados, así como al grupo de beneficiarios, a lo que respondió exigiendo un valor de prima que supera el valor existente en la cuenta de ahorro individual, desconociendo que éste último valor está conformado por las sumas adicionales giradas por la misma demandada que al parecer fueron insuficientes, así (Expediente digital, PDF 001. ESCÁNER PROCESO FÍSICO 2017 00796 MAPFRE VS PORVENIR S.A., págs. 4 a 18):

Afiliados		
Afiliado	Valor de Cuenta	Valor Prima
Henry Omar James Ojeda	\$ 190.498.807,00	\$ 191.867.627,00
Jorge Castrillón Ocampo	\$ 215.053.082,00	\$ 218.199.099,00
Vergelio Sánchez Cueno	\$ 180.286.212,00	\$ 182.583.693,00

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que inicialmente la norma que ordenaba al seguro previsional garantizar la renta vitalicia fue el artículo 5° del Decreto 876 de 1994, norma que fue derogada por el artículo 12.2.1.1.4 del EOSF (Decreto 2555 de 2010, en consecuencia, al tenor de esta, no es factible que la aseguradora acceda a lo petitionado. Expuso que la suma adicional necesaria para financiar la pensión de sobrevivientes de los afiliados Henry Omar James Ojeda, Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo, ya fue reconocida como aseguradora previsional, sin que pueda acceder a lo pretendido subsidiariamente, porque en esencia lo que persigue es que se reconozca la renta vitalicia solicitada, pero a través del reconocimiento de una suma adicional superior a la ya reconocida y no contratada en la póliza de seguro previsional.

En lo que respecta a las situaciones fácticas aceptó las enlistadas en los numerales 6°, 8°, 11° y 12° y frente a las demás dijo no constarle o no ser ciertas. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de causa petendi en razón a la ausencia de obligaciones de contratar la renta vitalicia o pagar un mayor valor por la suma adicional ya reconocida, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 001. ESCÁNER PROCESO FÍSICO 2017 00796 MAPFRE VS PORVENIR S.A., págs. 149 a 158)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de mayo del 2022, en la que el fallador condenó a la encartada que un término no superior a 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión procediera a pagar la suma adicional faltante a cada uno de los afiliados, para constituir el seguro de renta vitalicia y pagar la suma adicional con el saldo al día de emisión de la providencia o cuando se cumpla el término concedido, y así les garantice la pensión de invalidez. Declaró no probadas las excepciones formuladas y gravó en costas a la pasiva.

Para los fines que interesan al recurso de apelación señaló que no es objeto de controversia que a los afiliados Henry Omar James Ojeda, Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo, les fue reconocida pensión de invalidez, con efectividad para el primer de ellos desde el 3 de agosto de 2016, mientras que para los otros dos, desde el 16 del mismo mes y año; tampoco que la demandada en virtud del contrato de seguro previsional pagó las sumas adicionales para cancelar la prestación económica que devengan las citadas personas, ni que al momento de solicitar la prestación aquellos escogieron como modalidad la renta vitalicia. Así las cosas, se propuso verificar si Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. se encuentra en la obligación de suscribir o contratar el seguro de renta vitalicia o pagar la adición o suma adicional faltante para completar la prima que asciende al valor del seguro de la renta vitalicia de los 3 asegurados, además, si debe garantizar el pago de la pensión de invalidez que vienen disfrutando los pensionados.

Con tal propósito, dijo que el régimen de ahorro individual con solidaridad se caracteriza por capitalizar las cuentas individuales de ahorro de los afiliados al sistema durante su vida laboral, con la intención de construir un capital con el cual se financiará su prestación futura. Esbozó que una parte de los ahorros pertenecen a los afiliados y la otra destinada al pago de prima de seguros para atender las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia financiera y el fondo de solidaridad y pensional para cubrir la administración del régimen, en armonía a lo previsto en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese contexto, citó el artículo 70 ibídem y la sentencia de radicación 47992 del año 2018, para precisar que a la aseguradora de riesgos previsionales le recae la obligación inexorable de pagar la suma adicional de manera automática por mandato legal, pues reunidos los presupuestos de la pensión de invalidez, se extienden sus efectos a las aseguradoras contratadas, las cuales tienen una relación jurídica netamente comercial, en tanto que asegurado el riesgo y surgido el siniestro, concurre la póliza a cubrir el mismo. Dijo que, reunidos los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez, el fondo de pensiones procedió a solicitar ante Mapfre no solo la contratación del seguro previsional para financiar la pensión de invalidez, sino, además, cumplió con su deber legal de solicitar la contratación del seguro de renta vitalicia inmediata, por tanto, la convocada a juicio debe expedir o contratar la póliza.

Acotó que no es de recibo el argumento, según el cual el valor consignado en la cuenta individual de cada uno de los afiliados no es suficiente para garantizar la prima única que les permita constituir el seguro, en virtud de que el fondo tardó aproximadamente dos meses en solicitar el seguro de renta vitalicia, descapitalizando la cuenta individual de cada uno de ellos; dado que el fin de la renta vitalicia inmediata contenida en el artículo 80 de la Ley 100 de 1993, es precisamente prevenir la descapitalización, por manera que siendo un lapso razonable para cumplir con su obligación a más cuando no estuvo en discusión que fue voluntad de los afiliados optar por este sistema de financiación, se imponía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 009).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **accionada** interpuso recurso de apelación argumentando que, de conformidad con la pretensión principal y subsidiaria de la demanda, el A quo concedió favorablemente ambos pedimentos, pues condenó a la aseguradora asumir la renta vitalicia y así mismo a completar la suma adicional faltante para que la primera se genere. Refirió que, aunque el fallador de primer grado fundamentó su decisión en la sentencia de radicación 47992 de 2018, tal providencia no puede ser su cimiento, en tanto que la aseguradora no funge como administradora de pensiones, sino como aseguradora previsional, situación que difiere del precedente jurisprudencial.

Adujo que el A quo confundió las obligaciones que se generan frente a la constitución de una póliza previsional y la renta vitalicia, siendo dos figuras diferentes, pues mientras la primera ampara las sumas adicionales faltantes para financiar la pensión de invalidez y sobrevivencia de los afiliados al fondo, así como el auxilio funerario y subsidios de incapacidad, la otra es una modalidad de pensión. Indicó que el Estatuto Orgánico Financiero refiere cómo se constituye la renta vitalicia, de manera que, aunque se pide a la asegurada asumirla, no obstante, el Decreto 876 de 1994 fue derogado por el Decreto 2550 de 2010, según el cual opera la renta vitalicia cuando se haya contratado de forma directa con la aseguradora esa obligación.

Insistió en que la renta vitalicia se hace a través de una póliza diferente a la del seguro previsional que se contrata para financiar la pensión de invalidez, de allí que no era posible que se condenara a la aseguradora, además, porque no se demostró la modalidad

pensional que solicitaron los afiliados o si la renta vitalicia la contrataron con Mapfre. Sostuvo que cumplió con la carga que le imponía la póliza de seguro previsional, aunado a que como dijo el representante legal de la convocante en su interrogatorio que el afiliado no solicitó la renta directamente con la sociedad demandada, en tanto, la modalidad pensional escogida fue la de retiro programado, es decir, que el fondo de pensiones maneja el capital.

Agregó que los testimonios traídos por la demandante nada dijeron sobre si la contratación la habían hecho con Mapfre u otras aseguradoras, sumado a que no se acreditó que medidas tomó el fondo de pensiones para preservar los dineros que constituían el capital para financiar la pensión. Señaló que de conformidad con la sentencia de radicación 72439 de 2019 si no está acreditado el porqué de la diferenciación en la suma adicional desde el inicio, no puede ser condenada a la aseguradora asumir esa diferencia, si quien debe asumirla es la AFP conforme al Decreto 832 de 1996. (Expediente digital, audio 009).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la aseguradora debe concurrir a cumplir con la suscripción del seguro, en tanto que es bien sabido que la suma adicional que paga la aseguradora es necesaria para completar el capital que requiere un afiliado para pensionarse, de manera que es la entidad llamada a contratar la renta vitalicia a los afiliados, pues fue quien pagó la suma adicional para reconocer las prestaciones de los afiliados Henry Omar James Ojeda, Jorge Castrillón Ocampo y Vergelio Sánchez Cueno, y, en la medida en que es quien liquida y establece el cálculo del capital necesario que requiere el afiliado para pensionarse.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones manifestó que erró el cognoscente de primer grado al condenar al pago en las diferencias de la suma adicional y la asunción la renta vitalicia, dado que el caudal probatorio no da cuenta de que los afiliados hayan elegido a Mapfre como aseguradora de renta vitalicia, a lo que sumó cumplió con el pago de la suma adicional para el pago de la pensión, de manera que era el fondo de pensiones quien en virtud al manejo de los recursos de la cuenta individual, debía realizar las operaciones financieras, para que el capital no disminuyera, dado que los dineros se encontraban en su poder.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por la recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., debe contratar el seguro de renta vitalicia con los afiliados Henry Omar James Ojeda, Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo, para el pago de la pensión de invalidez a su favor, dada la modalidad pensional escogida por aquellos, esto es, renta vitalicia inmediata y retiro programado?; de no ser así se deberá establecer (ii) ¿La aseguradora demandada está obligada a pagar la suma adicional faltante para completar el valor de la prima del seguro de renta vitalicia a cada uno de los citados afiliados? Para efectos de resolver los problemas jurídicos anteriores, se verificará si (iii) ¿La pretensión que se formuló en la demanda como subsidiaria es excluyente con el pedimento principal?;

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: (i) que los señores Henry Omar James Ojeda, Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo se encuentran afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., a quienes le fue reconocida **pensión de invalidez** en las siguientes fechas:

Afiliados Pensionados		
Afiliado	Causación	Reconocimiento
Henry Omar James Ojeda	5/09/2012	3/08/2016
Vergelio Sánchez Cueno	15/01/2013	16/08/2016
Jorge Castrillón Ocampo	16/09/2013	16/08/2016

(ii) Dado tal condición de pensionados por invalidez, tampoco fue un hecho debatido por las partes, que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., como aseguradora con la cual contrató el **seguro previsional**, trasladó la suma adicional necesaria para completar el capital suficiente para financiar las mismas, en las siguientes fechas y cuantías:

Afiliados		
Henry Omar James Ojeda	3/08/2016	\$ 212.904.063,00
Vergelio Sánchez Cueno	16/08/2016	\$ 232.991.621,00
Jorge Castrillón Ocampo	16/08/2016	\$ 135.170.876,00

4. Financiación de la pensión de Invalidez. Se debe tener en cuenta que las pensiones en el RAIS se financian con los saldos que tenga el afiliado en su cuenta pensional por concepto de aportes obligatorios, voluntarios cuando así lo dispongan o cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima, rendimientos financieros, bono y/o título pensional y subsidios del Estado, si hubiere lugar a ellos, y de ser necesario, para completar el capital que financie el monto de la pensión, **una suma adicional que correrá a cargo de una compañía aseguradora** para cuyo efecto las Administradoras de Pensiones se encuentran obligadas a contratar con éstas un **seguro de invalidez y de sobrevivientes**, sufragado con una parte de los aportes obligatorios. Dicha suma, en términos de los artículos 8º y 11º del Decreto 832 de 1996, será igual a la prima que esa aseguradora cobraría por una póliza de renta vitalicia de un salario mínimo, disminuida en el saldo de la cuenta pensional, incluido el valor del bono y/o título pensional. Cuando la aseguradora previsional haya pagado esa suma adicional, la cual ingresa al saldo de la cuenta, el afiliado podrá escoger a cualquiera de las modalidades de pensión previstas en la ley, conforme lo estipula el inciso 3 del artículo 11 del Decreto antes citado, aspecto que resulta de trascendental importancia como más adelante se detallará.

5. Modalidad Pensional. En lo que hace a las modalidades pensionales, sabido es que conforme al artículo 79 de ley 100 de 1993 quien se encuentre afiliado al RAIS y haya obtenido una pensión en este régimen, tiene derecho a contratar un seguro que le garantice el pago de una mesada pensional de forma vitalicia a él o a sus beneficiarios de ley, en las modalidades de renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida.

5.1. Renta vitalicia inmediata. Esta modalidad se encuentra regulada en el artículo 80 de la misma preceptiva, según la cual:

***"ARTÍCULO 80. RENTA VITALICIA INMEDIATA.** La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios*

por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento.

La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora.”

En efecto, esta modalidad pensional implica que el afiliado contrata, con una aseguradora, el pago de su pensión de invalidez, a través de la celebración de un contrato de seguro, transfiriendo a la misma la totalidad de su capital pensional, mientras ésta se compromete a pagarle, a título de pensión, una renta o pensión periódica. Frente a la citada forma pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3707-2021, dijo al respecto:

“Cabe recordar que el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 autoriza varias modalidades de pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, entre las cuales se encuentra la de renta vitalicia inmediata (art. 80, Ley 100 de 1993), que consiste en que el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con una aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho.

Es de destacar que en esta modalidad pensional el monto de la pensión será equivalente al cálculo actuarial del capital individual ahorrado y de las condiciones financieras relativas al pago de intereses que la aseguradora logre obtener por ese capital, labor profesional por la cual ésta recibe una remuneración denominada prima, de donde entre los elementos normativos de este tipo específico de estipulación, la irrevocabilidad no significa cosa distinta a que una vez perfeccionado el contrato de seguro, el afiliado no puede optar por ninguna otra de las modalidades de pensión. Por eso explicó al respecto la Corte Constitucional en la sentencia CC C-841-2003:

Este tipo de plan pensional es, por expresa definición legal, un contrato irrevocable entre el afiliado y una aseguradora, mediante el cual el afiliado adquiere un seguro que le otorga al beneficiario y sus descendientes el derecho a recibir una renta vitalicia mensual. Por su naturaleza, como contrato de seguro que es, los riesgos financieros y de contingencias propias de este tipo de contrato se trasladan a la compañía aseguradora, quien a partir de la celebración del mismo debe hacer las reservas necesarias, adquirir reaseguros y adoptar otras medidas para garantizar la rentabilidad y estabilidad del contrato. Por ello, resulta efectivamente conducente para garantizar la sostenibilidad del sistema y servicios administrativos y financieros adecuados, restringir la posibilidad de traslado en esta modalidad de pensión. De no establecerse esta restricción, ninguna aseguradora aceptaría asumir los costos de una renta vitalicia, si la continuidad de la relación con el beneficiario quedara sometida a su mera voluntad.”

En cuanto al fondo del asunto, la censura le achaca un desatino al fallador de primer grado, considerando en primer lugar la falta de apreciación de las pruebas incorporadas al plenario, en tanto que en ellas no se demuestra que los afiliados Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo hayan escogido la modalidad de renta vitalicia inmediata, ni menos que decidieron contratar la renta vitalicia con la aseguradora demandada, para concluir que debía concurrir a celebrar el contrato de seguro.

Para resolver este punto de disconformidad, debe resaltar la Sala que según el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, una parte de la cotización se destina a la asesoría en la contratación de esta clase de seguros, de manera que el inciso segundo del artículo 80 de la misma normativa, exige a la administradora de fondo de pensiones efectuar a nombre de los pensionados los trámites ante la aseguradora. En tal virtud, el Decreto 719

de 1994 regula los mecanismos específicos de ese asesoramiento, al tiempo que reglamenta lo relativo a la gestión que debe adelantar la administradora de fondos de pensiones, cuando el afiliado haya decidido adoptar la renta vitalicia, en los siguientes términos:

- La administradora deberá colocar a disposición del afiliado la información sobre todas las entidades aseguradoras legalmente autorizadas para la celebración de los contratos de renta vitalicia.
- Dentro de los diez (10) días siguientes, el afiliado deberá elegir tres (3) de esas aseguradoras, a fin de que, dentro de los dos (2) días siguientes a que se reciba esta información, la sociedad administradora solicite las respectivas cotizaciones.
- Obtenidas estas, el afiliado elige entre las tres (3) ofertas la aseguradora con la cual decide contratar la renta vitalicia inmediata.
- El Decreto 719 de 1994 dispone que el afiliado podrá autorizar a la sociedad administradora para que seleccione la correspondiente entidad aseguradora de vida con la cual se contratará la renta vitalicia. En este caso deberá seleccionarse la entidad aseguradora de vida que ofrezca el monto de pensión más alto.

Con fundamento en lo anterior, observa esta Corporación que partiendo del hecho de que no existe discusión alguna en torno a que la aseguradora previsión pagó la suma adicional para financiar las pensiones de invalidez, la cual, según se referenció, se realizó en ambos casos el 16 de agosto de 2016, los afiliados debieron escoger a partir de dicha data, la modalidad pensional como mecanismo para convertir el capital obrante en su cuenta de ahorro en una pensión periódica, pues así lo dispone el inciso 3 del artículo 11 del Decreto 832 de 1996; y ello debió ser así en tanto que hasta esa fecha se tuvo conocimiento de las sumas que entrarían a completar el valor faltante de las prestaciones económicas, por virtud precisamente del seguro previsional.

Así las cosas, verificado el expediente, si bien no obra dentro del mismo que los pensionados Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo hayan escogido la modalidad de renta vitalicia inmediata a partir del 16 de agosto de 2016, lo que en principio llevaría a colegir que ninguna obligación tendría la convocada a juicio a concurrir en la celebración del contrato de la póliza de renta vitalicia, al omitir por parte de la administradora la libre escogencia de la modalidad pensional, cuyo derecho se encuentra dentro de las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad; lo cierto es que se observa que anticipadamente a esa fecha, los afiliados suscribieron para ese mismo efecto con la sociedad demandante el siguiente documento:

Anexo F

Recibo 07-09-2016
Código y fecha

Símbolo: PORVENIR S.A.
Dir. Prestaciones
Cra 13 N° 27-75
Bogotá

Asunto: Contratación Renta Vitalicia

Yo, Jorge Castrillón Ocampo, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 94192499-3, residente en la ciudad de Bogotá, en cumplimiento de la facultad establecida en el artículo 4° del Decreto 719 de 1994 y luego de haber recibido asesoría suficiente en relación con las opciones disponibles de pensión, por medio del presente manifiesto asumo en forma expresa a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cuentas Individuales S.A., para que en mi nombre contra la póliza de Renta Vitalicia con las 130 condiciones de seguro reglamentarias para realizar el retiro correspondiente y para que proceda a contratar dicha póliza con la compañía que ofrezca el monto de pensión más elevado.

Constatamos:

Jorge Castrillón Ocampo
Firma

Número: 94192499-3

Nombre: Jorge Castrillón Ocampo
Dirección: Calle 50 N° 6-30 apt. 402 Ciudad Porvenir Teléfono: 33251630
Número de: 2510550

Tenga en cuenta que el trámite de su solicitud no tiene ningún costo. Por favor diligencie de antemano el documento a personas que se lo soliciten. Denuncie cualquier anomalía a nuestra auditoría interna fax No. 3390101 en Bogotá o al A.A. 241800 en Bogotá.

201-08

8801-RAP-01 V.1.2

Así las cosas, como el accionante no aceptó en forma incondicional la oferta que comunicó la aseguradora demandada, es claro que ninguna obligación surgió a cargo de esta última, en tanto no se logró concretar la celebración del contrato de seguro, por lo que mal haría la Sala al ordenarle expedir la póliza y recibir el capital obrante en la cuenta de ahorro individual de cada uno de los afiliados. Y es que debe recordarse que la oferta, por tratarse de un ofrecimiento que el oferente presenta de un proyecto de negocio, solo podrá ser

vinculante cuando es aceptada sin reparo alguno, tácita o expresamente por el destinatario, en los términos de los artículos 849 y s.s. del Código de Comercio, que resultan aplicables a este propósito por efecto del artículo 822 ibídem, en virtud de la cual, *"Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa"*. Y como en la regulación frente a la renta vitalicia inmediata no encuentra referencia alguna sobre las consecuencias y la obligatoriedad de la oferta que hacen las aseguradoras, para la contratación de la póliza, es necesario acudir a las normas del derecho comercial.

Por lo dicho, no se puede concluir que la accionada por virtud de la cotización u oferta que entregó debía asumir la renta vitalicia mensual a los asegurados Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo hasta su muerte, ni la obligación de continuar el pago de la pensión de sobrevivientes que corresponda a los beneficiarios legales, en tanto que el negocio jurídico en manera alguna surgió a la vida jurídica, máxime cuando no se verifica un acto que diera cuenta al menos de una aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto (art. 854 del C.Co.), que lo sería en este caso, el traslado de las sumas constitutivas de la prima de la póliza de seguro.

De lo expuesto, emerge claro que el fallador de primera instancia erró al condenar a la demandada a contratar la renta vitalicia inmediata de los afiliados Vergelio Sánchez Cueno y Jorge Castrillón Ocampo, cuando es claro que la aseguradora no se obligó a su contratación, en tanto que la oferta pensional si bien es irrevocable y tiene fuerza obligatoria para la proponente, por así disponerlo el artículo 846 del C.Co., nunca fue aceptada por la administradora de pensiones.

De otro lado, no era suficiente a la sociedad administradora de pensiones, en pro de sustentar el argumento relativo a que en este asunto sí existía compromiso de asumir la renta vitalicia, aducir que de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.6.2.1. del Decreto 2510 de 2010 la *"aseguradora de vida que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia"* debió *"garantizar a la respectiva sociedad administradora, a sus afiliados y beneficiarios: 1. La expedición de un seguro de renta vitalicia inmediata o el retiro programado con renta vitalicia diferido como modalidades para obtener su pensión, cuando así lo solicite expresamente el afiliado, el pensionado o sus beneficiarios según el caso y, 2. Que el seguro de renta vitalicia comprenda el pago de una pensión mensual no inferior al cien por ciento (100%) de la pensión de referencia utilizada para el cálculo del capital necesario."*; pues era imperativo, además, allegar medio de convicción tendiente a demostrar que el saldo de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, era inferior al valor de la prima requerida para su contratación, por virtud de que la suma trasladada en virtud del seguro previsional era inferior a la establecida para la fecha en que se determinó la pensión de referencia, conforme a los lineamientos previstos en el parágrafo 1.º del artículo 6.º del Decreto 1889 de 1994 -compilado por el artículo 2.2.5.8.1 del Decreto 1833 de 2016, en tanto que es *"A partir de este valor de referencia, la aseguradora debe aportar la mencionada suma adicional necesaria para financiar la pensión a partir de la situación concreta de los beneficiarios, que conforme lo establece el artículo 11 del citado Decreto 832 de 1996, «será igual a la prima única que esa aseguradora cobraría por una póliza de Renta Vitalicia de un salario mínimo, disminuida en el saldo de la cuenta individual y el valor del bono y/o título pensional», según las fórmulas que para el efecto establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, «previa consulta con la Superintendencia Bancaria», hoy Superfinanciera"* (SL 3942-21).

Ese deber demostrativo, no fue en manera alguna atendido por la actora, como quiera que ninguna probanza se allegó con miras a demostrar que la suma de dinero entregada por parte del seguro previsional el 16 de agosto de 2016, fue insuficiente para completar el valor de la prima de la renta vitalicia, limitándose, a hacer referencia a que como la aseguradora dos meses anteriores a la fecha de cotización de la póliza, pago la suma adicional, ésta debería ser suficiente, junto con los aportes, el bono y los rendimientos para contratar la renta vitalicia, pero no allegó medio de convicción tendiente a probar que en efecto esas sumas fueron suministradas de forma incompleta para tal efecto.

Ahora, teniendo en cuenta los planteamientos contenidos en el libelo genitor, según los cuales debe condenarse a la aseguradora accionada a pagar la suma adicional faltante para completar el valor de la prima del seguro de renta vitalicia a cada uno de los citados afiliados, debe señalarse que dicha pretensión debe ser objeto de análisis por parte de esta colegiatura pese a haberse propuesto de manera subsidiaria, pues no resulta excluyente con el pedimento principal, si se tiene en cuenta que en esencia la controversia gira en torno a ello, es decir, a la oferta pensional que comunicó la aseguradora y que no fue acogida por la administradora, de cara a los saldos faltantes en la cuenta de ahorro individual de los pensionados que constituyen el precio o prima de la renta a contratar, y que de encontrarse insatisfechos darían lugar a que se ordene a la aseguradora a perfeccionar el contrato de renta vitalicia, en tanto que fue con ella misma con quien se contrató el seguro previsional.

Desde ese punto de vista y con miras a resolver si está obligada a garantizar seguro de renta vitalicia inmediata trasladando las sumas faltantes para completar el valor de la prima, como viene de decirse, la administradora de pensiones no demostró que el déficit en la cuenta de ahorro individual al momento de la ocurrencia del siniestro, esto es, del reconocimiento de la prestación de invalidez, haya sido el motivo por el que no se perfeccionó el contrato de renta vitalicia por cuenta de la falta de la provisión completa de las sumas del seguro previsional que permitieran financiar debidamente la pensión, pues no allegó ninguna probanza tendiente a aclarar que en efecto aquello ocurrió, a más porque de ello no se hizo manifestación alguna por parte de los testigos María Lorena Botero Botero y Juan Carlos Jaime Muñoz, en tanto, su declaración se limitó a decir de manera general que la compañía aseguradora debía asumir la diferencia sobre el capital faltante para completar el pago de la prima de la renta vitalicia al ser la garante previsional.

De hecho, lo que evidencia la Sala de los demás medios de convicción allegados al proceso fue la omisión de la administradora de fondo de pensiones de dar cumplimiento a un deber legal que tenía en el trámite de la contratación del seguro de renta vitalicia inmediata. Ello en razón a que entre la fecha de reconocimiento pensional y la solicitud de renta vitalicia pasaron cerca de dos meses, tal y como se evidencia de las documentales referencias y de la propia confesión que en interrogatorio de parte hizo el representante legal del fondo demandante; conducta que difiere ostensiblemente del contenido del Decreto 719 de 1994, pues delegada la elección de la aseguradora a la administradora de fondo de pensiones, debió dentro de los dos días siguientes solicitar la respectiva cotización a las tres aseguradoras legalmente autorizadas para la celebración de tales contratos, de manera que obtenidas las respectivas cotizaciones, seleccionar de inmediato la entidad aseguradora que le ofreciera el monto de pensión más alto y no esperar, como lo hizo, cerca de dos meses, por la potísima razón que entre una y otra fecha el capital de la cuenta de ahorro de los afiliados pudo haber sufrido modificaciones, por tanto, variar las condiciones de la póliza, pues recuérdese que la prima se cancela con los recursos que obran en la cuenta pensional de los afiliados, de manera que debe ser suficiente para por lo menos contratar renta vitalicia que alcance a cubrir una pensión mínima.

Lo anterior pone en evidencia que el fallador de primer grado incurrió en error, al concluir no solo que la aseguradora debía suscribir el contrato de renta vitalicia, sino, además, por virtud de este a recibir del fondo de pensiones los recursos de la cuenta individual de los afiliados, asumiendo de su propio patrimonio las sumas faltantes para completar el valor de la prima, pues por una parte, de los medios de convicción no se desprende, en forma inequívoca, la voluntad de aceptación expresa o tácita de la propuesta pensional que obligará a la aseguradora contratar el seguro; por otra, si bien el artículo 2.2.6.2.1. del Decreto 2510 de 2010 dispone que la aseguradora previsional debe garantizar la expedición de un seguro de renta vitalicia inmediata, no se comprobó que las sumas recibidas del seguro de previsión resultaron insuficientes para financiar la pensión de invalidez y, por tanto, afectaron el precio del seguro; y finalmente desconoció, que, conforme a la fecha de solicitud de cotización de renta vitalicia inmediata a la data en que recibió los dineros por concepto de seguro previsional la administradora de fondos de pensiones, pasaron cerca de dos meses, conducta que no sólo difiere de lo previsto en el Decreto 719 de 1994, sino, además, pudo llevar a desfinanciar el capital obrante en las cuentas de ahorro de los pensionados por invalidez.

Todo lo cual lleva a la Sala revocar la sentencia de primer grado en lo que hace este punto de reproche.

5.2. Retiro programado. El artículo 81 de la Ley 100 de 1993, define esta modalidad pensional como:

"la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar".

Además, dispone la norma en el caso del retiro programado que el saldo de la cuenta, mientras se disfruta de esta modalidad, debe permitir financiar por lo menos una pensión mínima, y que en caso de que el saldo de la cuenta se reduzca a ese límite, es obligatorio que la administradora tome una renta vitalicia, por así disponerlo el Decreto 832 de 1996, en su artículo 12. Veamos:

"ARTÍCULO 12. CONTROL DE SALDOS EN EL PAGO DE PENSIONES BAJO LA MODALIDAD RETIRO PROGRAMADO. En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia.

En desarrollo de tal previsión, con sujeción al Decreto 719 de 1994, y normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, el afiliado informará por escrito a la AFP en el momento de iniciar el Retiro Programado, la aseguradora con la cual ésta deberá contratar la Renta Vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Retiro Programado, sin perjuicio de que su decisión pueda ser modificada posteriormente. En todo caso, la administradora contratará con la última aseguradora informada por el afiliado.

La AFP deberá informar al pensionado con por lo menos cinco (5) días de anterioridad a la adquisición de la póliza, sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma.

En todo caso deberá incorporarse en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus

beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de Renta Vitalicia.

PARÁGRAFO PRIMERO. *Si el saldo final de la cuenta individual fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una Renta Vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de resolución, y previa consulta con la Superintendencia Bancaria, fijará las fórmulas matemáticas a emplear por las AFP para establecer si un afiliado puede contratar un Retiro Programado de acuerdo con los parámetros empleados para calcular el Saldo de Pensión Mínima que se describen en el artículo 9o del presente decreto.*

En ese mismo sentido, el máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia SL2698 de 2022, dijo al respecto:

"En el régimen de ahorro individual, la Ley 100 de manera general estableció tres modalidades de pensión, cada una con características diferentes, que luego mediante Circular 013 del 24 de abril de 2012, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, adicionó en cuatro más, esto es, en la actualidad este régimen, como lo recordó la Sala en la sentencia CSJ SL5286-2019, cuenta con siete modalidades de pensión.

En relación específica con la modalidad pensional correspondiente a la situación controvertida -Retiro programado-, valga resaltar que la AFP efectúa el pago de la prestación con cargo directo a la cuenta de ahorro individual del afiliado, la mesada se calcula todos los años basándose en la rentabilidad del capital existente en la cuenta y la expectativa de vida, además, tiene la característica de ser revocable por el pensionado para contratar otro tipo de modalidad y, cuando el capital disminuya, de oficio, la administradora se encuentra no solo facultada sino también obligada para contratar una renta vitalicia para así asegurarle al pensionado un ingreso de por lo menos un salario mínimo.

Esta modalidad de pensión se recalcula año tras año, teniendo en cuenta, entre otros ítems, las diversas variables económicas, el capital existente en la cuenta de ahorro individual y un eventual aumento o disminución en la esperanza de vida.

Además, en caso de fallecimiento del pensionado que escoge esta modalidad de pensión, los dineros pasan a la masa hereditaria, si no existieran beneficiarios de la prestación. En esta modalidad los riesgos financieros son asumidos por el asegurado tal como lo prevé el artículo 81 de la Ley 100 de 1993".

Aplicado lo anterior al presente asunto, precisa la Sala que el descontento de la censura con la decisión del cognoscente de primer grado también estriba en rigor en que no se demostró que el señor Henry Omar James Ojeda de haber escogido la modalidad de retiro programado y ante una eventual descapitalización de la cuenta de ahorro del pensionado, la hubiese seleccionado como aseguradora para contratar la renta vitalicia, en los términos del artículo 12 del Decreto 832 de 1996.

Verificado el haz probatorio obrante en el proceso, no se desprende de una parte, que en efecto el afiliado haya informado por escrito a la AFP demandante su intención de acogerse a la modalidad pensional de retiro programado, facultad que está debidamente regulada en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993 y que impone a quien pretende pensionarse bajo el modelo de ahorro individual, el deber de seleccionar bajo cuál de las

modalidades existentes desea que se le reconozca su pensión de invalidez; por otra, tampoco se arrió medio de persuasión tendiente a probar que de haberse escogido esta modalidad, el pensionado comunicó por escrito a la actora al momento de iniciar el retiro programado *"la aseguradora con la cual ésta deberá contratar la Renta Vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Retiro Programado"*; ni se allegó constancia del enteramiento de la AFP al afiliado con miras a informarle con por lo menos 5 días de anterioridad la adquisición de la póliza, *"sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma."*

De lo anterior, imperioso resulta colegir que, la administradora de fondo de pensiones no demostró que agotó el procedimiento previsto en el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, de manera que tampoco se tiene certeza de que el afiliado haya seleccionado a la aseguradora demandada como su eventual garante del riesgo relacionado con la pensión bajo la modalidad de retiro programado eventualmente elegido, derecho de escogencia libre que por virtud de la misma norma tiene y que por ende, no está al arbitrio de su administradora de pensiones, de allí que acierte la censura cuando menciona que no puede ser la llamada a contratar la renta vitalicia.

Ahora, no puede pensarse que de manera implícita surgió la obligación para la AFP de contratar de manera inmediata la póliza de renta vitalicia, para así asegurarle al pensionado la prestación económica, cuando la misma se redujo al límite de no sufragar la pensión mínima; pues si bien es una acción que debe ser llevada a cabo de manera oficiosa por parte de aquella desde el momento mismo en que advierta una eventual descapitalización de la cuenta individual del pensionado, también lo es que esta labor debe respetar el derecho del pensionado a elegir la aseguradora con quien desea contratar la renta vitalicia, comunicación que debió hacer la AFP previó a la materialización de la modalidad pensional elegida.

Surge de lo anterior el error que cometió el juez de primer grado cuando consideró que la encartada debía asumir la renta vitalicia mensual del afiliado, pues es evidente que no se agotó el procedimiento legalmente previsto para tal efecto por parte de la administradora demandante, sin que pudiese suplir la ausencia de la manifestación de voluntad del afiliado, como en efecto lo hizo, en tanto el precepto normativo atribuye la responsabilidad de escogencia al interesado, quien es el único que ésta en condiciones de optar por la aseguradora que mejor le proyecte una renta mensual vitalicia, de acuerdo con la información que le suministre la AFP, basada en las cotizaciones pensionales.

Así las cosas, queda claro que de no haber ignorado la clara preceptiva del artículo 12 del Decreto 832 de 1996, el A quo hubiera dado cuenta que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. estaba en imposibilidad de contratar la renta vitalicia, sin la previa manifestación del afiliado acerca de la aseguradora que mejor le convenía, y no puede decirse que dicha elección se la delegó a la sociedad accionante, pues sobre este aspecto el acopio probatorio nada da cuenta.

En gracia de discusión, aun cuando la Sala pasará por alto tal omisión, la conclusión no sería distinta, en tanto que, si bien fue solicitada a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. la cotización de la renta vitalicia el 11 de octubre de 2016 y ésta le fue suministrada por parte de la citada aseguradora el 1 de noviembre del mismo año, tampoco obra comunicación de aceptación de la oferta pensional, que en forma expresa e incondicional exteriorice la voluntad de la AFP demandante de acoger el proyecto de negocio jurídico en los términos en que le fue comunicado la pasiva, de ahí que ninguna obligación surgió para la citada aseguradora de contratar la renta vitalicia inmediata.

Por la misma razón, tampoco es válido imponer a la citada demandada cubrir la suma adicional faltante, para completar el valor de la prima que cueste el seguro de renta vitalicia, como se pretende desde el libelo demandatorio, no solo por las razones que se esbozaron en líneas anteriores, esto es, cuando se resolvió negar la pretensión al analizar la modalidad pensional de renta vitalicia inmediata, sino, además, por cuanto la ley impuso al fondo de pensiones la obligación de realizar controles de saldos de manera permanente, respecto de la cuenta de ahorro individual del titular del derecho pensional, debiendo tomar las medidas necesarias que impidan la descapitalización de la cuenta de ahorro individual, conforme se extrae del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, entre ellas, la contratación a tiempo de una renta vitalicia en los términos del artículo 12 del Decreto 832 de 1996, previo informe de la situación al pensionado, de manera que en el escenario del que capital haya disminuido considerablemente que dificulte la suscripción de una renta vitalicia, impone el parágrafo primero de la disposición citada al fondo de pensiones, en procura de evitar un perjuicio al pensionado, que las sumas faltantes sean a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal.

Al respecto, vale la pena traer a colación lo que al respecto ha dejado sentado nuestra Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL-3942 de 2021:

“Con igual fin, el artículo 12 del Decreto 832 de 1996 impone un control *permanente* de los saldos en el pago de *pensiones* a fin de que los recursos de la cuenta pensional no sean inferiores «a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia». Asimismo, prevé que en un escenario de descapitalización es imperativo que la AFP informe inmediatamente la situación al pensionado con un término mínimo de 5 días, «sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad [de] Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma». Y si incumple lo anterior, la AFP debe asumir con sus propios recursos la suma que se requiera para contratar una renta vitalicia.

En efecto, el parágrafo 1.º consagra que «Si el saldo final de la cuenta individual fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una Renta Vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal» (destaca la Corte)”. (subraya fuera de texto)

Son estas reflexiones las que llevan a esta Corporación a revocar en su integridad la sentencia de primer grado, por lo que así se resolverá.

5. Costas. En ambas instancias, a cargo de la parte demandante.

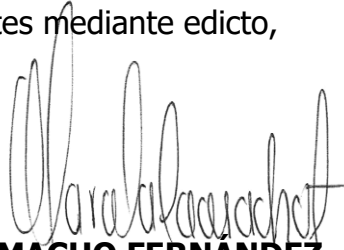
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

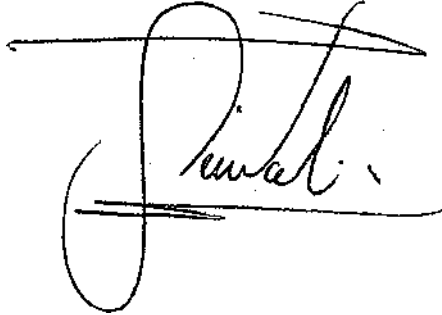
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de mayo del 2022, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción denominada inexistencia de causa petendi en razón a la ausencia de obligación de contratar la renta vitalicia o pagar un mayor valor por la suma adicional derivada del seguro previsional y, en consecuencia, **ABSOLVER** a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de todas las pretensiones de la demanda, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandada y a cargo de AFP Porvenir S.A. Las de primera tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y a cargo de la demandante en la suma de \$2.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JHON EDWARD ROA ARIAS
Demandada: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES
SUCURSAL COLOMBIA Y OTRA
Radicado No.: 39-2016-00404-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN DE
SENTENCIA- REVOCA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jhon Edward Roa Arias, Leidy Johanna Culma, Jessica Roa Culma y Manuel Antonio Roa Culma, instauraron demanda ordinaria contra Estrella International Energy Services Sucursal Colombia y Axa Colpatria Seguros de Vida S.A., con el propósito de que la primera de las demandadas sea declarada responsable de la totalidad de daños y perjuicios materiales, morales, fisiológicos y psicológicos causados con ocasión del accidente de trabajo padecido por el trabajador Jhon Edward Roa Arias, cuyo proceso de rehabilitación no dio resultado favorable a la fecha. Así mismo, que es responsable del pago de la indemnización correspondiente a 180 días de salario prevista en la Ley 361 de 1997, por ser el despido nulo por haberse llevado a cabo en estado de incapacidad, con el consecuente reintegro a su lugar de trabajo. Por último, solicitaron que Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. es responsable del pago de indemnización material de que trata el sistema social en riesgos laborales, por el accidente de trabajo acaecido 18 de septiembre de 2014.

Como consecuencia de las pretensiones de orden declarativo expuestas pretendieron como condenatorias perjuicios morales y daños a la vida de relación en cuantía de 100 SMLMV, lucro cesante, indemnización correspondiente a 180 días de salario, salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, indemnización por pérdida de capacidad laboral, intereses moratorios, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que Jhon Edward Roa Arias ingresó a laborar el 20 de junio de 2012, para desempeñar labores de movilización, arme de equipo y servicio de perforación, mantenimiento y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos, teniendo una asignación mensual final de \$2.763.000. Refirieron que el 18 de septiembre de 2014, la demandada reportó el accidente de trabajo que había sufrido, razón por la cual, el 3 de diciembre de ese mismo año, la ARL remitió al empleador recomendaciones laborales.

Explicaron que el 15 de diciembre de 2014, la ARL informó que la patología que sufría Jhon Edward Roa Arias no era consecuencia de un accidente de trabajo, sino de una enfermedad de origen común, razón por la cual, recibió tratamiento médico de la EPS, el cual persiste, dado al deficiente estado de salud que tiene, al punto que fue incapacitado en varias ocasiones. Dijeron que su empleador en forma unilateral dio por terminado el contrato de trabajo el 16 de abril de 2015, comunicación que solo fue recibida hasta el 6 del siguiente mes. Sostuvieron que el trabajador fue afiliado a la ARL Axa Colpatria, quien está obligada al pago de la indemnización legal que le corresponde por la pérdida de capacidad laboral del 35.25% que presenta, misma que fue negada expresamente por considerarse que la lesión que padece no es consecuencia directa del accidente de trabajo, sino de origen común.

Afirmaron que el menor Manuel Antonio Roa Culma junto con la señorita Jessica Roa Culma son hijos biológicos de Jhon Edward Roa Arias, que es compañero permanente de Leidy Johanna Culma, quienes, dado a la enfermedad derivada del accidente de trabajo del trabajador, les ha causado intenso dolor físico y psicológico, lo que genera perjuicios morales. Agregaron que no le es posible tener una existencia más grata, al no poder compartir diariamente, como es natural y obvio, de su compañía en buen estado de salud. (Expediente digital, PDF 01ExpedDigitalFolio1A115PoderDemandaAnexos, págs. 73 a 86).

2. Contestación de la demanda

2.1. Estrella International Energy Services Sucursal Colombia. Al momento de descender el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que el trabajador no sufrió accidente de trabajo alguno, además, la terminación del contrato de trabajo fue producto de la terminación de la obra contratada, fecha para la cual no se encontraba sometido a restricción médica alguna para el cargo de Encuellador y por ello, no requería de autorización del inspector de trabajo. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 3°, 5°, 16° y 18°, 22° y 29°, relacionados con que la existencia de la relación laboral, extremos temporales, salario básico, cargo, la afiliación a ARL y el reporte de accidente de trabajo que realizó a Axa Colpatria, administradora que le comunicó el origen común de la enfermedad. En lo que hace a lo demás no le constó o dijo no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, pago y cumplimiento, inexistencia de accidente de trabajo, inexistencia de terminación unilateral y sin justa causa y buena fe. (Expediente digital, PDF 01ExpedDigitalFolio1A115PoderDemandaAnexos, págs. 153 a 160).

2.2. Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. En respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de pretensiones, aduciendo frente a los hechos ser ciertos los enlistados en los numerales 3°, 5°, 16°, 18° y 22°, relacionados con que Estrella International Energy Services Sucursal Colombia reportó un incidente que fue calificado como de origen común. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó la patología del demandante es de origen común, no se cumplen los requisitos para que se causen prestaciones económicas y asistenciales y, la genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedDigitalFolio1A115PoderDemandaAnexos, págs. 125 a 135).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de septiembre del 2022, en la que la falladora declaró probadas las excepciones de inexistencia del accidente de trabajo e inexistencia de la terminación unilateral y sin

justa causa y, en tal virtud, absolvió a las encartadas de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas a la parte actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar, entre otras cosas, si el actor al 16 de abril de 2015 gozaba de estabilidad laboral reforzada y, por tanto, el empleador debió contar con autorización del Ministerio de Trabajo en orden de finiquitar la relación de trabajo. Con tal propósito, lo primero que advirtió fue la falta de discrepancia en torno a la existencia de un contrato de trabajo de obra o labor determinada celebrado entre Jhon Edward Roa Arias y Estrella International Energy Services Sucursal Colombia, su extremo inicial y de finalización.

En esa medida, y luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, Decreto 2463 de 2001, al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, así como a las pruebas allegadas al plenario, sostuvo que no podía desconocer que el actor para el momento de la finalización del contrato de trabajo, incluso en la actualidad, tiene afección en su rodilla izquierda que lo ha limitado de sus funciones, tan es así que se han generado diversas incapacidades y fue reubicado por quien era su empleador, dadas las recomendaciones médicas que fueron entregadas para limitar su esfuerzo físico, quien fue calificado en primera oportunidad con una pérdida de capacidad laboral del 35.25%.

Bajo ese contexto, dijo que debía establecer la existencia de un nexo de causalidad entre su estado de salud y la motivación de la terminación del contrato de trabajo, para lo cual consideró de entrada que el vínculo finalizó por una causal objetiva, que lo fue la culminación de la obra o labor para la que fue contratada el actor, pues así lo advertía de la comunicación de terminación del mismo, de las actas de finalización de operación del equipo E722, la culminación de movilización del mismo de fechas 29 y 30 de marzo de 2015, así como el informe mensual de actividades en el que observaba la finalización de operaciones de gran parte de los equipos de la entidad en febrero de ese mismo año, principalmente del nombrado "*Estrella 722 (750 HP – SAI 22)*" que caducó a finales marzo de 2015.

A lo anterior se sumaron las declaraciones tanto del representante legal como del testimonio de Alexander Rojas Arias, quienes refirieron que, debido a la crisis petrolera, tuvieron que suspender las operaciones de múltiples taladros, lo que llevó a la culminación de gran parte de contratos de trabajo. Adujo que es un hecho notorio que a mediados de 2014 a 2015 se presentó un desequilibrio en el mercado de petróleo a nivel internacional, por lo que se disminuyó la producción del mismo. Con fundamento en ello, indicó que el actor en ningún momento negó que la finalización se presentó con ocasión de la terminación de la obra que estaba ejecutando, pues los argumentos que utilizó para el reintegro fueron basados en su estado de salud, sin que enrostrara que su desahucio se dio de forma inadecuada.

Concluyó que si bien se encuentran acreditadas las patologías del actor, lo cierto es que ello por sí mismo no tiene la entidad suficiente para probar el nexo causal entre su padecimiento y la motivación de la terminación del contrato de trabajo, máxime cuando la empresa enjuiciada reubicó al trabajador en un área especial y así se mantuvo desde el año 2013 hasta el 2015, de lo cual no evidenciaba discriminación por motivo de sus afectaciones de salud, de allí que colegía que aquel no tiene derecho al reintegro solicitado. (Expediente digital, audio 01VideoAudienciaArt8020200915).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, los **demandantes** formularon recurso de apelación argumentando que los documentos incorporados al plenario si bien indican la finalización del contrato que dio origen a la vinculación laboral, también lo es que éste no corresponde al mismo objeto contractual, toda vez que fue contratado específicamente para desarrollar el contrato núm. 5500001785 suscrito con Metal Petroleum Corp, para ejecutar labores que tenían que ver con un equipo SAI 22, sin que las documentales aportadas den cuenta de que el mismo haya culminado, dado a que la simple estadística que se presenta por la pasiva, no tiene la suficiente fuerza demostrativa para ese efecto.

Dijo que la finalización de un nexo contractual de esas características necesariamente tendría que contener las actas liquidatorias, en donde quede señalado que la relación civil llegó su fin, de ahí que no se pueda determinar que exista una razón objetiva de terminación del contrato de trabajo. Arguyó que la pasiva no hizo ningún esfuerzo para arrimar un elemento de convicción en tal sentido, pese a que el juez de primer grado le concedió un término prudencial, más aún cuando tenía un conocimiento previo de la afección física que padecía el trabajador, en razón a las incapacidades otorgadas y recomendaciones laborales expedidas. (Expediente digital, audio 01VideoAudienciaArt8020200915).

5. Alegatos de conclusión La demandada Estrella International Energy Services Sucursal Colombia, alegó en su favor aduciendo que el contrato laboral entre las partes fue liquidado y pagado el 27 de febrero de 2015, es decir que, al momento de darse la terminación del contrato, el actor no se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada, ya que no padecía ninguna discapacidad y restricción para trabajar, tampoco contaba con incapacidad alguna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso positivo, ¿El demandante tiene derecho al reintegro a su lugar de trabajo, con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, tampoco la labor de Encuellador SAI No. 22 que desempeñó, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y además, se pueden corroborar con el contrato de trabajo por obra o labor contratada, carta de terminación de contrato por finalización de obra o labor y liquidación final de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF

01ExpedDigitalFolio1A115PoderDemandaAnexos, págs. 23 a 25, 114).

4. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Estrella International Energy Services Sucursal Colombia actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible recurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 16 de abril de 2015.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fijó algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ¹ . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ² . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ³ . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un

¹ T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.
² T-589 de 2017.
³ T-284 de 2019.

	accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ⁴ .
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ⁵ . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ⁶ . (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ⁷ .
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ⁸ . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ⁹ .

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- "1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.
- 5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.
- 6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.
- 7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador"¹⁰.

⁴ T-118 de 2019.

⁵ T-372 de 2012.

⁶ T-494 de 2018.

⁷ T-041 de 2019.

⁸ T-116 de 2013.

⁹ T-703 de 2016.

¹⁰ T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

Adicionalmente, debe decirse que en sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló en ambas providencias que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

4.1. Caso en concreto. En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 16 de abril de 2015, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a la patología denominada *"LESIÓN CONDRAL GRADO III/IV CÓNDILO INTERNO, LESIÓN RADIAL DEL CUERNO POSTERIOR MENISCO INTERNO, MENISCO LATERAL, LESIÓN POR FIBRILACIÓN, LESIÓN CONDRAL GRADO III 100% DE LA TRÓCLEA"*, y sobre las cuales recibió tratamiento médico desde el año 2014, por diferentes especialidades, entre ellas, reumatología, medicina laboral, fisioterapia y ortopedia, especialidades que ordenaron en múltiples ocasiones analgésicos, incapacidad médica, terapia física y recomendaciones generales, tal y como da cuenta el resumen de historia clínica expedida por la ARL AXA Colpatria. (Expediente digital, PDF

05ExpedDigitalFolio134a364DocumentosDteAnexos, págs. 159 a 166).

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que se allegó dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, con el que se demuestra que el actor contaba para la fecha del despido con una mengua laboral del 35.25%, con fecha de estructuración el 27 de octubre de 2014 (Expediente digital, PDF 05ExpedDigitalFolio134a364DocumentosDteAnexos, págs. 67 a 70). Además, se allegó recomendación laboral del 3 de diciembre de 2014 expedida por la ARL AXA Colpatria, cuyo propósito

fue la de evitar la progresión de las enfermedades y ayudar en el proceso de rehabilitación, sugiriendo implementar, para su reincorporación laboral lo siguiente:

ARL COLPATRIA CONCEPTO
MÉDICO DE APTITUD LABORAL


ARL COLPATRIA
saludando / los seguros

Datos de Impresión		
Fecha	Hora	Usuario
2014/12/03	13:07:36	CLMORALES

REGIONAL BOGOTÁ

BOGOTÁ D.C.2014/12/03

EmpresaESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES S

Nit800515770

TrabajadorJHON EDWARD ROA ARIAS

Documento7713023

ConceptoAPTO CON RECOMENDACIONES

Tipo ExamenRETORNO LABORAL

Vigencias Recomendaciones2015/09/01

Observaciones

Trabajador que como consecuencia de accidente laboral, ocurrido el 2014/09/18, debe realizar su labor teniendo en cuenta las siguientes recomendaciones:

“ALTERNAR POSTURA SEDENTE CON LA DE PIE Y MARCHA, MÍNIMO CADA HORA POR 3 A 5 MINUTOS Y SEGÚN TOLERANCIA DOLOR Y/O FATIGA DE LA EXTREMIDAD.

“CAMINAR MÁXIMO 60 MINUTOS POR TERRENO LLANO O REGULARMENTE ALTERNARLO CON POSTURA DE PIE Y SENTADO (EVITAR TERRENOS IRREGULARES O INCLINADOS, NO TRABAJOS EN ALTURAS, NI ESCALERAS NO FIJAS, ANDAMIOS O SIMILARES), PERMITIENDO PAUSAS CORTAS PARA REAJUSTAR MARCHA.

“SE RECOMIENDA EN CUANTO A MANIPULACIÓN Y TRANSPORTE DE CARGAS: SIN AYUDA MECÁNICA HASTA 10 KG CON LOS DOS BRAZOS, SIEMPRE Y CUANDO SE MANIPULEN CON AGARRE ADECUADO, CERCA AL CUERPO Y CERCA DEL NIVEL DE LA CINTURA (NO DEL PISO) O REALIZAR DE MANERA FRACCIONADA (POR UNIDADES) HASTA COMPLETAR LA TAREA, USAR AYUDAS MECÁNICAS SI LAS CARGAS SOBREPASAN LOS RANGOS DADOS.

“PUEDE REALIZAR DESPLAZAMIENTOS LENTOS Y CUIDADOSOS POR TERRENOS IRREGULARES O INCLINADOS PERO TOMANDO SIEMPRE LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA EVITAR NUEVAS LESIONES SOBRE RODILLA, SIGUIENDO LA ANTERIOR RECOMENDACIÓN DE TIEMPO.

“PUEDE SUBIR Y BAJAR ESCALERAS U OTRAS SUPERFICIES PERO NO DE FORMA CONTINUA Y PERMANENTE DURANTE LA JORNADA, NI ASOCIADO A CARGAS, PERMITIR TENER DESPEJADA UNA MANO PARA SOSTENERSE Y PERMITIR CAMBIOS O ROTAR ACTIVIDADES DURANTE LA JORNADA.

“EVITAR POSICIÓN DE RODILLAS O CUNILLAS DE FORMA CONTINUA DURANTE LA JORNADA, ALTERNAR POSTURAS.

“SE RECOMIENDA LA REALIZACIÓN DE PAUSAS ACTIVAS CADA HORA POR 5 MINUTOS PARA REALIZAR LOS EJERCICIOS RECOMENDADOS EN FISIOTERAPIA.

“EVITAR DEPORTES DE ALTO IMPACTO MIENTRAS DUREN ESTAS RECOMENDACIONES.

“DEBE REALIZAR FISIOTERAPIA ORDENADA, VALORACIÓN POR FISIATRÍA EN UN MES, ORTOPEDIA EN 3 MESES, SEGUIR RECOMENDACIONES Y CONTROL DE MEDICINA LABORAL EN UN MES.

“RECIBIR INDUCCIÓN O REINDUCCIÓN AL PUESTO DE TRABAJO DE ACUERDO A LOS PLANES ESTABLECIDOS POR LA EMPRESA, CON ÉNFASIS EN SALUD OCUPACIONAL.

20

Hoja 1

Así las cosas, los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afectación en su estado de salud, situación que le impedía o dificultaba ejecutar la labor en condiciones regulares o habituales para su oficio, pues no de otra forma se entiende que para dicho momento se encontrara en tratamiento médico dada las patologías que catalogaron de origen común, las cuales se encontraban calificadas con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 35.25%.

Todo lo cual permite concluir:

(i) Al momento de la terminación del contrato laboral el demandante se encontraba en tratamiento médico por su condición de salud desfavorable, lo cual desencadenó que tuviese incapacidades médicas, recomendaciones y una merma laboral en el porcentaje ya indicado y, por ende, dada a esas circunstancias presentaba dificultad al ejecutar su labor; (ii) Lo anterior corrobora que, las patologías diagnosticadas al actor eran de conocimiento de la demandada, al punto que conocía plenamente no solo las incapacidades y recomendaciones expedidas, sino el dictamen de PCL, ya que fue hace parte de la hoja de vida del promotor del proceso y fue allegado por la pasiva.

De lo hasta aquí analizado, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por el actor sí se vieron afectadas por su patología, cuyo conocimiento era del empleador y en esa medida razón le asiste a la censura cuando endilga la existencia

de un desatino en la sentencia primigenia al dejar sentado que no se encontraba amparado por la prerrogativa constitucional y legal de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud.

Lo anterior, en tanto que no existe circunstancia alguna que permita justificar que la terminación del contrato no se produjo con ocasión del estado de salud del actor, pues Estrella International Energy Services Sucursal Colombia no logró desvirtuar la presunción del despido discriminatorio, dado que, aunque argumentó que su decisión estaba basada en una razón legal, consistente en la finalización de la obra para la que fue contratado, lo cierto es que las pruebas aportadas no acreditan, con la suficiencia requerida, la culminación de las "*LABORES DE MOVILIZACIÓN, ARME DE EQUIPO Y SERVICIOS DE PERFORACIÓN, MANTENIMIENTO Y REACONDICIONAMIENTO DE POZOS DE HIDROCARBUROS CON EL EQUIPO SAI 22, EN EL DEPARTAMENTO DEL META EN CAMPO RUBIALES Y CAMPO QUIFA DESARROLLO SEGÚN CONTRATO NO. 5500001785 SUSCRITO ENTRE SAN ANTONIO INTERNACIONAL SUCURSAL COLOMBIA Y META PRETROLEUM – CORP'*", para las que fue vinculado.

Se arriba a esta conclusión, luego de advertir que la falladora de primer grado incurrió en un error al no apreciar la documental que reposa en págs. 23 y 24 del PDF 01, contentiva de contrato de trabajo celebrado entre las partes, el cual deja en evidencia que la labor u obra contratada se circunscribió al contrato núm. 5500001785, cuyo objeto era ejecutar labores de movilización, arme de equipo y servicios de perforación, mantenimiento y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos con el equipo SAI 22, por lo que, la demandada sólo quedaba legitimada para finiquitar de modo legal el contrato, conforme al literal d) del art 61 del C.S.T., acreditando la terminación de la obra o labor o la finalización del convenio de naturaleza comercial al que estaba supeditado el nexo laboral, probanza que brilla por su ausencia en la presente Litis.

Este aspecto tiene gran trascendencia en el asunto, toda vez que, aunque el caudal probatorio da cuenta que su finalización correspondió a una decisión unilateral del empleador que se justificó en lo definido en la citada disposición legal, como lo advirtió el juez de primer grado, lo cierto es que, esa determinación no resulta acorde a las labores desempeñadas por el actor, circunscritas al contrato civil núm. 5500001785 y no al núm. 5500003920, este último al que se hizo referencia en la carta de desahucio, registrándose que la terminación fue producto de la culminación de "*LABORES DE MOVILIZACIÓN, ARME DE EQUIPO Y SERVICIOS DE PERFORACIÓN, MANTENIMIENTO Y REACONDICIONAMIENTO DE POZOS DE HIDROCARBUROS CON EL EQUIPO E -722 EN EL DEPARTAMENTO DEL META EN CAMPO RUBIALES Y CAMPO QUIFA DESARROLLO SEGÚN CONTRATO NO. **5500003920** SUSCRITO ENTRE SAN ANTONIO INTERNACIONAL SUCURSAL COLOMBIA Y META PRETROLEUM – CORP'*".

En tal escenario, no puede, entonces, entenderse que la finalización del laborío por parte del empleador fue soportada en una razón objetiva, pues es claro que debían descartarse las documentales en las que se apoyó el cognoscente de primer grado para establecer que el empleador desvirtuó la presunción de despido discriminatorio que deviene de las limitaciones del actor, ya que ninguna demuestra que la finalización del vínculo laboral obedeciera a la liquidación de la obra en virtud de la cual se le contrató al actor.

Ahora, sí la Sala pasará por alto ese aspecto y diera por sentado que el contrato por duración de la obra o labor determinada terminó por la culminación de la obra convenida, esto es bajo una causal legal, la conclusión no sería distinta, pues de

cara a las afectaciones en la salud del trabajador, mismas que eran conocidas por el empleador y que sin dubitación alguna incidieron en su desempeño laboral, la encartada tenía la obligación de poner en conocimiento de la autoridad administrativa competente, que las causas y necesidades del empleador que llevaron a la contratación de aquel no subsistieron, y además que existía imposibilidad física y material para reubicar al actor en otro cargo, para efectos de que aquella autorizara el finiquito del vínculo laboral, por manera que, ante tal omisión, se impone presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba al señor Roas Arias.

No se puede desatender la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en la que se ha dejado sentado que la causal para dar por terminado el contrato de trabajo por culminación de la obra o labor contratada no es una razón suficiente para finiquitar el vínculo laboral cuando se trata de aquellas personas que se encuentran aforadas bajo la estabilidad laboral reforzada. A propósito de lo discernido, en sentencia T-344 de 2016 se dijo al respecto:

"El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo establece que la relación laboral culminará "por terminación de la obra o labor contratada". No obstante, la Corte Constitucional ha reiterado que cuando se esté ante un sujeto de especial protección constitucional, el empleador no puede alegar como causal de terminación del contrato, el término pactado o la culminación de la obra o labor por la cual fue vinculado, pues la facultad que tienen las partes y en especial los patronos de optar por una modalidad contractual que permita limitar el tiempo de los contratos, se ve delimitada por las normas constitucionales que tutelan el derecho a la estabilidad laboral reforzada, para aquellos grupos de especiales condiciones.^[18]

Lo anterior, tiene como fundamento la protección al derecho a la estabilidad laboral reforzada, como parte integral del derecho constitucional al trabajo y las garantías que se desprenden de este,^[19] con el que se pretende erradicar cualquier forma de discriminación, por razones físicas o fisiológicas. (...)

En conclusión, la estabilidad laboral reforzada se predica de todo contrato. En este sentido, la causal legal que se origina de los contratos a término fijo o de obra o labor contratada, como es el vencimiento del plazo pactado o la culminación de la obra, no es razón suficiente para terminar la relación laboral cuando el trabajador se encuentra en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual, deberá el empleador previo a la terminación del contrato, solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo, como lo estipula el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, so pena de pagar al empleado una indemnización equivalente a 180 días del salario."

Y, en las sentencias T-263 de 2009, T-386 de 2020 y T-035 de 2022, se consideró que:

"cuando la relación laboral depende de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el vencimiento del término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación¹¹. De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene

¹¹ Sentencia T-1083 de 2007.

el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado¹²."

Bajo el anterior criterio jurisprudencial es claro el desacierto en que incurrió el sentenciador de primer grado al colegir que existía una razón objetiva en el finiquito laboral, máxime cuando la labor de Encuellador SAI No. 22, cuyas funciones radican principalmente en movilización, arme de equipo y servicio de perforación, mantenimiento y reacondicionamiento de pozos de hidrocarburos, son afines al objeto empresarial conforme da cuenta el certificado de existencia y representación legal adosado al plenario, lo que deja en evidencia que no existía imposibilidad física y material para reubicar al actor en otro cargo.

Conforme a lo expuesto, corresponde revocar la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer se restituya al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo, para lo cual resulta indispensable el consecuente reintegro del trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud.

En esa medida, sigue condenar a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir desde su vinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro, Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

5. Excepción de prescripción. El artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama la demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 16 de abril de 2015 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 5 de mayo de 2016, conforme da cuenta acta de reparto, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

6. Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997). En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "*sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren*".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones,

¹² Sentencia C-016 de 1998.

que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.^[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.” (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$19.125.576**, teniendo como salario promedio el definido en la liquidación de prestaciones sociales que realizó el empleador, esto es, **\$3.187.596**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2015	\$ 3.187.596	180	\$ 19.125.576
Total			\$ 19.125.576

7. Indexación. Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el 17 de abril de 2015 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

8. Excepción de compensación. En el caso de autos procede el reintegro, lo que implica el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por la trabajadora durante el lapso en que estuvo cesante, lo cual incluye, el pago de los aportes al sistema de seguridad social dejados de realizar y de las vacaciones, lo que impone a su vez a la actora la devolución de las sumas que recibió al momento del finiquito (SL-6389-2016). Bajo esa perspectiva, se **AUTORIZARÁ** a la demandada a compensar las sumas pagadas al señor **JHON EDWARD ROAS ARIAS** por concepto de liquidación definitiva recibida al momento de la finalización del laborío.

9. Costas. En ambas instancias a cargo de Estrella International Energy Services Sucursal Colombia y a favor de Jhon Edward Roas Arias.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente los numerales 1º y 2º de la sentencia proferida el 15 de septiembre del 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral,

por lo que debe proceder a reintegrar a la trabajadora al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA** al reintegro de **JHON EDWARD ROAS ARIAS**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, dejadas de percibir entre el 16 de abril de 2015 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

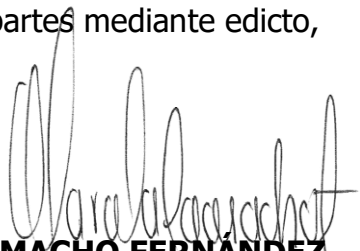
TERCERO: CONDENAR a **INDUSTRIA SANTA CLARA S.A.S.** a pagar a **ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA** la suma de **\$19.125.576** por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, que deberá cancelar debidamente **indexada**.

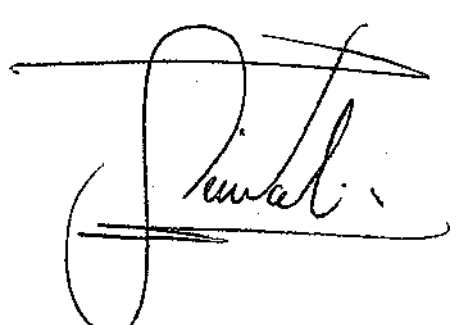
CUARTO: DECLARAR probada la excepción de **compensación** propuesta oportunamente por la parte demandada y, por ende, autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$3.840.760** pagado al demandante por concepto de liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

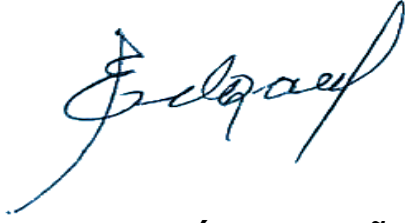
QUINTO: En lo demás, **MANTENER INCÓLUME** la sentencia de primer grado.

SEXTO: CONDENAR en costas en costas en ambas instancias. Las de primera tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
(Aclara voto)

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **JHON EDWARD ROA ARIAS** y a cargo de la demandada en la suma de \$4.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTHA CECILIA MUÑOZ DE MÉNDEZ
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 23-2021-00511-01
Tema: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - PENSIÓN DE VEJEZ—
MODIFICA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Cecilia Muñoz De Méndez instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, con el propósito de que sea condenada a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 1 de enero de 2018, conforme a las reglas previstas en el Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 29 de abril de 1954, siendo beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Informó que en su historia laboral se reporta un total de 1.118 cotizadas, sin embargo, en ella no se contabilizaron de manera completa las semanas de cotización correspondientes a los periodos de enero, febrero, mayo, junio y julio de 1996, así como los aportes pensionales que realizó a través del Fondo de Solidaridad Pensional -PSAP, para los meses de abril y julio de 2004, con los cuales acumularía un total de 1.130 semanas en toda su vida laboral. Expuso que solicitó el reconocimiento de la prestación económica, con base en las citadas semanas, pero mediante Resolución SUB272389 del 16 de diciembre de 2020, la demandada respondió negativamente la petición de pensión de vejez. (Expediente electrónico, PDF. DEMANDA ANEXOS, págs. 5 a 17).

2. Contestación de la demanda

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado, la demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial argumentando que, si bien la accionante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo es que no lo conservó a la entrada del Acto Legislativo 001 de 2005, pues al 25 de julio de 2005, contaba con tan solo 467,99 semanas, de allí que no haya lugar al reconocimiento pensional en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990. En lo que hace a los supuestos fácticos, aceptó los enlistados en los numerales 1º, 3º, 10º, 11º y 13º, parcialmente el hecho 2º, y frente a los demás señaló no constarle o no ser ciertos.

Propuso como excepción previa la que denominó falta de integración del litisconsorcio necesario y como de mérito las que denominó carencia de causa para demandar,

prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF. CONTESTACIÓN COLPENSIONES).

2.2. Suresco LTDA. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. celebrada el 21 de abril de 2022 se dispuso su integración como litisconsorte necesario por pasiva y en tal carácter presentó escrito de intervención con oposición de las pretensiones de la demanda, aduciendo que cumplió a cabalidad con el pago de los aportes pensionales durante el periodo en que mantuvo la relación laboral con la accionante, ya que mediante planilla del 10 de octubre de 2019, realizó corrección de las inconsistencias presentadas en los aportes correspondientes a los meses de enero a junio de 1996, cancelando de esta forma los intereses de mora. Frente a los hechos admitió los enlistados en los numerales 1° al 7°, 10° a 14° y respecto de los demás señaló no ser ciertos o no constarle. En su defensa formuló la excepción de mérito que denominó pago de aportes. (Expediente electrónico, PDF. CONTESTACIÓN DDASURESICO).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma en ambos procesos (Expediente electrónico, PDF. NOTIFICACIÓN ANDJE 20224010037372), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de agosto de 2022, en la que el fallador condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de enero de 2018, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, por catorce mesadas pensionales al año y aplicando los reajustes anuales correspondientes. Autorizó a la demandada descontar del retroactivo pensional los aportes a salud, así mismo, la condenó a pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 19 de febrero de 2020, más las costas del proceso. Por último, absolvió a Suresco Ltda de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal decisiva aludió a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para significar que la demandante a la entrada en vigencia de la citada ley, contaba con 39 años, si se tiene en cuenta que nació el 29 de abril de 1954, aspecto que le permitía acceder el beneficio de la transición. Dijo que al revisar la historia laboral expedida por Colpensiones y actualizada al 23 de noviembre de 2021, evidenciaba que al "25 de julio de 2005" (SIC), fecha de entrada del Acto Legislativo 001 de 2005, contaba con 518.72 semanas, lo que imposibilitaba que conservara el citado régimen.

Sostuvo que como la parte accionante fundamentó su petición de reconocimiento de la pensión de vejez, basada en que cumplió con los requisitos para acceder a la misma en el año 2009, entraría a resolver si en efecto ello aconteció. Con miras a ese propósito, citó el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y a continuación precisó que la edad de pensión, es decir, los 55 años de edad exigidos, lo vino a satisfacer el 29 de abril de 2009, quien acreditó dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad un total de 497.86, lo que no le permitiría en principio acceder a la pensión de vejez.

Pese a lo anterior, manifestó frente a los periodos de cotización extrañados por la actora en la historia laboral, que la integrada a la litis allegó soporte de pago de corrección de los aportes correspondientes a los meses de enero, febrero, abril, mayo y junio de 1996, de allí que le resultaría procedente tener en cuenta para los dos primeros meses, 30 días efectivamente cotizados. En lo que hace a los ciclos de abril y julio de 2004 refirió que no existe justificación alguna para que los mismos no sean tenidos como días efectivamente cotizados y como quiera que no obra prueba tendiente a demostrar por Colpensiones "que

la devolución de saldos resultaba injustificada respecto de abril y junio de 2004", debía computarse a los demás aportes efectuados.

Así las cosas, sumó tales cotizaciones a las semanas reportadas en la historia laboral por Colpensiones e indicó que la actora al acreditar un total de 507.72 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional exigida, causaba el derecho a la pensión de vejez al tenor del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, misma que debía entrar a disfrutar a partir de la última cotización que realizó, esto es, 1º de enero de 2018, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual y por 14 mesadas pensionales al año.

Respecto a los intereses moratorios, afirmó que eran procedentes, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, aduciendo que existió mora en el reconocimiento pensional, en tanto que la demandante realizó reclamación de pensión de vejez el 19 de octubre de 2019, sin que la pasiva haya efectuado el respectivo reconocimiento al que tenía derecho dadas las semanas cotizadas; por tanto, dispuso que los réditos debían ser reconocidos a partir del 19 de febrero de 2020. (Expediente electrónico, audio AUDIENCIA EXP. 110013105 023 2021 00511 00-20220830_084458-Grabación de la reunión).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que logró demostrar que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990, por remisión expresa del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a partir del 29 de abril de 2009.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones señaló que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 1 de abril de 1994 la demandante contaba con 39 años de edad, siendo en principio beneficiaria por cumplir con el requisito de edad establecido en la ley. Dijo que, aunque la actora acredita el requisito de la edad al 31 de julio de 2010, fecha hasta la cual el Acto Legislativo 01 de 2005 extendió el régimen de transición, pero no cuenta con las 500 semanas en los últimos 20 años de servicios, esto es desde el 29 de abril de 1989 al 28 de abril de 2009, tampoco acredita las 1.000 semanas en cualquier tiempo, ya que al 31 de julio de 2010 cuenta con 765 semanas, por lo que no hay lugar al reconocimiento pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Acertó el cognoscente de primer grado al convalidar las cotizaciones pensionales que efectuó de manera extemporánea Suresco LTDA, en virtud de la relación laboral que sostuvo con la actora, así como los aportes realizados por ésta a través del Fondo de Solidaridad Pensional?; (ii) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo conservó por acreditar al menos 750 semanas de cotizaciones al sistema general de pensiones al 29 de julio de 2005, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005?; (iii) Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en caso positivo, a partir de qué fecha?; (iv) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?; y (v) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor de la promotora del proceso?

3. Mora patronal. Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: *"Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado"* y *"en el caso del trabajador dependiente afiliado al (...), la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio (...)"* (sentencia SL18108 de 2017).

Igualmente, la misma corporación ha señalado que: *"Si bien esta Sala, ha sostenido en forma pacífica, que las administradoras de pensiones son las responsables por los aportes de los empleadores que se encuentren en mora y frente a quienes no hayan efectuado las gestiones y acciones de cobro respectivo, a las que están obligadas, omisión que no puede trasladarse al asegurado, ello ha sido bajo la certeza de la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de este, que es lo que da lugar al pago de aportes, situación fáctica de la que aquí no se tiene certeza, ni puede derivarse con meridiana claridad de dicho medio probatorio"*. (SL3845-2021)

Con lo dicho, la primera discusión se genera en torno a las cotizaciones que realizó la demandante por cuenta del empleador Suresco LTDA, pues afirma que no se convalidaron en la historia laboral expedida por Colpensiones. Ciertamente se observa de dicha documental que se trajo a la palestra actualizada al 23 de noviembre de 2021, el estado de mora en el pago de aportes de los ciclos enero y febrero de 1996, pues solo se reportaron 22 y 29 días de cotización por parte del empleador, siendo así aplicado por Colpensiones, según se observa en el detalle de pagos efectuados de la misma historia laboral. (Expediente Electrónico, PDF (Expediente electrónico, PDF. CONTESTACIÓN COLPENSIONES).).

Así, frente a la mora del empleador en cotizaciones al sistema general de pensiones y las consecuencias a la asegurada, no puede desconocer la Sala la línea jurisprudencial atrás esbozada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, misma que ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional porque cuando aquella se presenta, la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, si bien el empleador no cumplió con la obligación legal contenida en el artículo 22 de ley 100 de 1993, tampoco obra prueba alguna que demuestre que la enjuiciada desde que se configuró el incumplimiento, hubiese desplegado actividad alguna en aras de obtener la cancelación de la deuda, junto con los intereses moratorios, acorde con las precisas facultades que para el efecto otorgan los citados artículos, lo que conduce a que deba convalidar las cotizaciones extemporáneas, las cuales resultan válidas para determinar el cumplimiento del requisito de densidad necesaria para ordenar cualquier reconocimiento pensional. Ahora, siendo cierto que se debe otorgar eficacia jurídica a las cotizaciones adeudadas por el empleador, también lo es que cuando se invoca la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador.

Con fundamento en lo anterior, en lo que atañe al asunto de marras, se evidencia de la historia laboral con respecto de las cotizaciones realizadas por Suresco LTDA, que aparece afiliación a partir del 1º de enero de 1995, efectuando aportes desde aquella data y hasta el 15 de julio de 1996, fecha en la que presentó novedad de retiro. Ahora, revisada el escrito de intervención que presentó la citada sociedad, en ella se evidencia que aceptó la relación laboral que sostuvo con la señora Muñoz de Méndez, señalando, además, que cumplió con su obligación de efectuar los aportes a pensiones causados por motivo de dicha vinculación, haciendo notar que para el 10 de octubre de 2019 realizó la corrección de las inconsistencias presentadas en las cotizaciones, cancelando para ese efecto el valor del aporte y la mora en que incurrió. Como soporte de su manifestación adosó al

informativo la autoliquidación mensual de aportes realizada por ésta al sistema de seguridad social integral correspondiente a los meses de enero a junio de 1996.

Así las cosas, le asiste razón al fallador de primer grado al colegir que se cumplen las condiciones para que el periodo extrañado por la actora sea tenido en cuenta, para los efectos del reconocimiento pensional que pretende sea declarado, pues según da cuenta la propia manifestación que hizo Suresco LTDA y las documentales atrás referidas, mismas que durante el curso del debate probatorio no fueron redargüidas de falsas, ni desconocidas por la enjuiciada, que la actora mantuvo relación laboral desde el 1° de enero de 1995 y hasta el 15 de julio de 1996, de allí que debían incluirse en la sumatoria de cotizaciones de la afiliada aquellas correspondientes a los tiempos en que prestó servicios a favor de dicha sociedad, aunque se haya incurrido en mora, en razón a que estas fueron causadas en ejecución del contrato de trabajo, lapso en el que igualmente estuvo vigente la afiliación al subsistema de seguridad social en pensiones, sin que se evidencie novedad de retiro por parte del empleador, lo cual solo ocurrió hasta el 15 de julio de 1996.

Así las cosas, aceptándose que el empleador omitió sufragar oportunamente las cotizaciones, no obstante, el deber contenido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, no podía tanto el Instituto de Seguros Sociales como Colpensiones desconocer el periodo con fundamento en la mora, pues legalmente tenía el deber de efectuar su cobro de manera coactiva al empleador utilizando las acciones previstas en la Ley para el efecto. Por consiguiente, teniendo en cuenta que no obra en el expediente que el extinto ISS, hoy Colpensiones haya adelantado las gestiones de cobro coactivo, o que tal deuda se haya declarado incobrable, es por lo que, no puede acarrear consecuencias negativas o desfavorables para la afiliada y en ese horizonte, tales períodos donde no fueron convalidadas en la historia laboral, deben tenerse en cuenta para los efectos pensionales que se pretenden.

4. Régimen subsidiado - acreditación de semanas. Sobre el particular, estima la Sala que, en los eventos relacionados con cotizaciones en el régimen subsidiado, cuando el afiliado efectúa el aporte y quien no lo ha realizado es el Estado, deben validarse y computarse como semanas cotizadas para efectos pensionales, ya que tal omisión no puede perjudicar al afiliado cumplido (sentencia radicación No 50051 del 2 de abril de 2014, reiterada en la SL2522-2018). Además, precisa esta Corporación que para que se pierda el derecho del subsidio a la pensión y por ende la validación de semanas como efectivamente cotizadas, se debe dar una de las siguientes condiciones que se encuentran señaladas en el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, así:

"a) Cuando adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión.

b) Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993.

c) Cuando se cumpla el periodo máximo establecido para el otorgamiento del subsidio.

d) Cuando deje de cancelar seis (6) meses continuos el aporte que le corresponde. La entidad administradora de pensiones correspondiente tendrá hasta el último día hábil del sexto mes para comunicar a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional sobre tal situación, con el fin de que ésta proceda a suspender su afiliación al programa. (...)

e) Cuando se demuestre que, en cualquier tiempo, el beneficiario ha suministrado datos falsos para obtener el subsidio; que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. (...)

Con fundamento en ello, la materia objeto a dilucidar estriba en establecer si los aportes a pensión realizados en el régimen subsidiado comprendidos entre abril y julio de 2004, los cuales aparecen en la historia laboral con la observación "*Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771*", pueden tenerse en cuenta o no a efectos del reconocimiento pensional que se pretende. Para tal efecto la Sala se remite a los medios de convicción incorporados al proceso, los que no dan cuenta de que haya concurrido alguno de los presupuestos antes esbozados para que la cotización efectuada por la actora pierda validez, como lo registró Colpensiones.

Así las cosas, le asiste razón al cognoscente de primer grado cuando indicó que para el cálculo de la prestación se debían tener en cuenta todas las semanas incluidas aquellas que se realizaron para el periodo de abril de 2004 y abril de 2007, por virtud del régimen subsidiado, ello si se tiene en cuenta que no están dadas las circunstancias para que haya lugar a la devolución del subsidio en los términos del artículo 27 del Decreto 3771 de 2007, pues no se demostró que:

(i) La actora haya adquirido capacidad de pago para cancelar la totalidad de aporte; (ii) Tampoco que se dieron las condiciones del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la afiliada para el año 2004 no reunía los requisitos de una pensión mínima de vejez ni fue pensionada por invalidez o anticipadamente; (iii) Quien además no contaba con 65 años cumplidos a esa data; (iv) Ni se acreditó que cumplió con el periodo máximo establecido para el otorgamiento del subsidio, haya dejado de cancelar 6 meses continuos el aporte que le corresponde o a lo sumo que la afiliada hubiere suministrado datos falsos para obtener el subsidio a la cotización en pensión.

En consecuencia, como no se encuentran acreditados tales presupuestos legales, es claro que estos periodos deben concurrir al conteo para efectos pensionales, tal y como lo dedujo con acierto el fallador de primer grado.

5. Conclusión. En ese contexto, los períodos que no fueron convalidados en la historia laboral emitida por Colpensiones, deben tenerse en cuenta para los efectos pensionales, que se traduce en 9.85 semanas (69 días), que sumadas a las 1.118. que se reporta en tal documental, arroja un total de 1.127.85 semanas en toda su vida laboral desde el 4 de mayo de 1973 hasta el 31 de octubre de 2017.

6. Régimen de transición. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

En el presente asunto, colige la Sala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994 cuenta con 39 años por haber nacido el 29 de abril de 1954, tal como se constata con la cédula de ciudadanía de ella (Expediente electrónico, PDF. DEMANDA ANEXOS, pág. 44). Así mismo, importa precisar que el régimen de transición se mantuvo a su favor, pese a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005, ello en atención a que, si bien no cumple con la exigencia de las 750 semanas requeridas para conservar el régimen transicional hasta el año de 2014, ya que acredita a 29 de julio de 2005, 3.713 días equivalentes a 530.42 semanas cotizadas, lo cierto es que la causación de la pensión reclamada al amparo del Acuerdo 049 de 1990, se revela antes del 31 de julio de 2010, como pasa a continuación a explicarse.

7. Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990. Para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable a la demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajadora del sector particular y venía cotizando al ISS antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La primera de las citadas disposiciones exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así entonces, la actora arribó a los 55 años el 29 de abril de 2009, fecha para la cual contaba con 3.511 días, equivalentes a 501.37 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión, siendo procedente el reconocimiento pensional conforme los postulados del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Acto Legislativo 001 de 2005 y en aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tal y con acierto lo encontró el Juez de primer grado.

8. Causación y disfrute. Conforme a ello, basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación *"se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

Lo anterior permite concluir, que la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, como la actora cumplió su estatus pensional o causación el 29 de abril de 2009, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990; pero su última cotización se realizó el 31 de octubre de 2017, es claro que el disfrute de la prestación económica lo será a partir del día siguiente, esto es, el 1 de noviembre del mismo año, en los términos antes dichos.

De conformidad con lo anterior, es evidente el equívoco que cometió el fallador de primer grado, al colegir que la fecha de efectividad lo sería a partir del 1 de enero de 2018, ya que si se revisa la historia laboral emitida por Colpensiones se detalla que entre el 1º de noviembre al 31 de diciembre de 2017, la actora no registró afiliación al régimen subsidiado, siendo por tanto su última cotización en octubre del mismo año; sin embargo, como no fue objeto de reproche por la demandante la fecha que determinó el A quo de su disfrute, la Sala mantendrá incólume tal decisión, pues se recuerda que la sentencia de primera instancia se conoce por virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

9. Tasa de reemplazo Acuerdo 049 de 1990. A la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, esta prevé una tasa de reemplazo equivalente al 81%, sobre el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que la actora cotizó un total de 1.127.85.

10. Monto de la pensión. La pensión de vejez a favor del actor debe ser reconocida a partir del 29 de abril de 2009, en un monto del 81% del IBL calculado en la forma establecida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, atendiendo a que la demandante cotizó en los 10 años anteriores al reconocimiento pensional sobre la base de un salario mínimo, la pensión de vejez lo será en cuantía de \$496.900, mesadas cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 14 mesadas pensionales al año, dado a que la pensión fue causada antes del 31 de julio de 2011 y es inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 001 de 2005. En ese orden, se confirmará en lo que hace a este punto la sentencia consultada.

11. Prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 1 de noviembre de 2017, la reclamación administrativa se presentó el 23 de octubre de 2020, que fue resuelta a través de Resolución SUB 272389 del 16 de diciembre de 2020, notificada en la misma fecha, por tanto, debía a partir de allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la notificación de la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 4 de mayo de 2021, no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que no operó el fenómeno prescriptivo.

12. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Establecido los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a intereses moratorios lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se dijo que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge el criterio en su integridad sobre la material fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican para **todo tipo**

de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutive como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las citadas decisiones, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional. Así las cosas, la Sala concluye que los réditos deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en "*sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior*"

Sentado lo anterior, ha decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".

Así mismo, frente a su causación, ha establecido en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: "*se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003*", y que "*de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013).

Por último, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la misma Corporación (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió Colpensiones a negar la pensión

solicitada, bajo el argumento de no acreditar la densidad mínima de semanas, sin tener en cuenta los periodos que la misma entidad reporta con la novedad de empleador, además, le competía a la entidad proceder al cobro de tales aportes y no lo hizo, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el 23 de octubre de 2020, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 23 de febrero de 2021 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde esa data. En ese sentido, se modificará el numeral 2º de la sentencia consultada, para en su lugar condenar a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del 23 de febrero de 2021, respecto de las mesadas causadas y adeudadas.

13. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

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

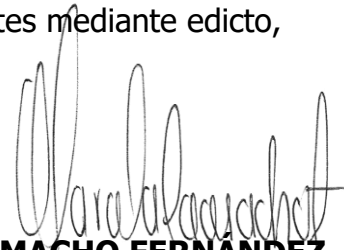
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 30 de agosto del 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 23 de febrero de 2021, respecto de las mesadas causadas y adeudadas.

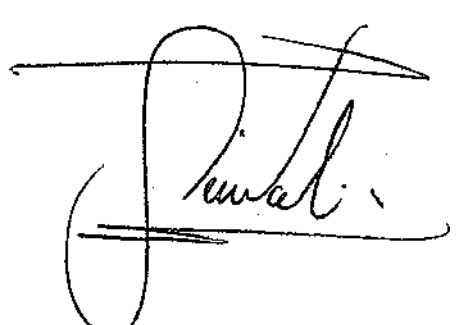
SEGUNDO: MANTENER INCÓLUME en lo demás la sentencia de primer grado.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

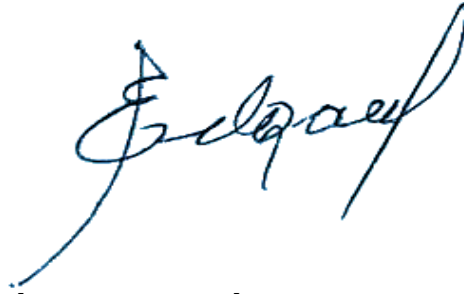
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HUMBERTO JULIO TRUJILLO APONTE
Demandado: UGPP
Radicación: 11001-31050-12-2018-00657-01
Tema: APELACIÓN Y CONSULTA – PENSION CONVENCIONAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Humberto Julio Trujillo Aponte, instauró demanda ordinaria contra Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, con el propósito de que declare que prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 06 de abril de 1979 al 27 de junio de 1999 y que por tal razón es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita el 15 de abril del 1998 entre la citada Caja y Sintracreditario.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene a la encartada a reconocer, liquidar y ordenar el pago de la pensión de jubilación convencional del artículo 41, parágrafo 1 y 3 de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, desde el 16 de marzo del 2014, fecha en la que cumplió la edad de 55, actualizando el último salario promedio mensual devengado; mesadas adicionales de junio y diciembre; retroactivo pensional debidamente indexado; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desde el 06 de abril de 1979 al 27 de junio de 1999, desempeñando como último cargo el de Director I, grado 07 y devengando como último salario promedio mensual de \$1.343.851. Refirió que durante toda la relación laboral estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Caja Agraria Sintracreditario y, por tanto, es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita el 15 de abril del 1998. Agregó que cumplió 55 años el día 16 de marzo del 2014. Finalmente, manifestó que solicitó la pensión de jubilación convencional ante la UGPP el 27 de julio de 2014, pero le fue negada. (fols. 82 a 93 archivo

No 03)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 2 archivo No 2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la UGPP. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor no cumple con los requisitos para acceder a la pensión convencional, dado que debía haber cumplido los requisitos de edad y tiempo exigidos en la Convención Colectiva antes del 31 de julio de 2010, por estar afectada la disposición convencional por lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, y la innominada o genérica. (fols. 1 a 5 archivo No 008)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de agosto del 2022, en la que el Juzgador condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante Humberto Julio Trujillo Aponte, la pensión de jubilación convencional prevista en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 a partir del 16 de marzo del 2014, en cuantía inicial de \$2.201.592, en 14 mesadas pensionales y con los reajustes anuales dispuestos por el Gobierno Nacional; condenó a la UGPP a reconocer el retroactivo desde el 27 de julio de 2015 de manera indexada desde la fecha de su causación hasta cuando se haga efectivo el pago del mismo; autorizó a la UGPP a realizar los descuentos al sistema general de seguridad social en salud; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas entre el 16 de marzo de 2014 y el 26 de julio de 2015, y condenó en costa a la encartada.

Como sustento de su decisión indicó que no es objeto de controversia la vinculación laboral del demandante con la extinta Caja por el periodo comprendido entre el 06 de abril de 1979 al 27 de junio de 1999, en tanto que así también lo certifica el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Agregó que en el plenario obra copia de la convención colectiva vigente por el periodo 1998-1999, así mismo, certificado expedido por el Sindicato donde evidenció la afiliación del actor a Sintracreditario.

En ese sentido, indicó que la vigencia de la convención sería de dos años contados a partir del 1 de enero del año 1998 y hasta el 31 de diciembre de 1999, lo que apuntaba que al momento de la vinculación laboral se encontraba vigente y le era aplicable. Así las cosas, hizo alusión al artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, para significar que se requería de dos requisitos para efectos de tener derecho a la pensión vitalicia de jubilación, situación que adujo acreditó el actor en tanto que laboró por un espacio superior a 20 años y cumplió los 55 años el día 16 de marzo del año 2014.

En lo que respecta a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, luego de referirse a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que el actor tiene derecho al reconocimiento de la prestación económica convencional a partir del 16 de marzo del 2014, fecha en la que cumplió los 55 años, habiéndose causado al momento del retiro, pues tuvo más de 20 años de servicio, misma que se hizo exigible en la data referida.

Así las cosas, refirió que el monto de la pensión correspondería a \$2.201.592, además, que correspondería a 14 mesadas pensionales en tanto que no le resulta aplicable el aducido Acto Legislativo. Por último, en lo que hace a la excepción de prescripción añadió que la exigibilidad de la prestación fue a partir del 16 de marzo del 2014, y el actor elevó la reclamación el 27 de julio de 2018 y la demanda se presentó en el mismo año, por lo que, prospera parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas entre el 16 de marzo de 2014 y el 26 de julio de 2015. Ordenó el pago del retroactivo a partir del 27 de julio de 2015 y en adelante, junto con la indexación y autorizó a la UGPP a realizar los descuentos en salud. (Fol. 1 a 2 archivo No 028 y audiencia virtual

archivo No 29 y 30).

6. Impugnación y límites del ad quem. La **UGPP** adujo en su recurso de apelación que, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005, no habría lugar a reconocer la pensión de jubilación convencional toda vez que no se causó el derecho con anterioridad al 31 de julio del 2010, esto es, el cumplimiento de la edad, requisito *sine qua non* para su pago; que las disposiciones convencionales que se encontraban rigiendo a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, solo se mantuvieron vigentes hasta el 31 de julio de 2010, y para esa fecha el demandante no había cumplido la edad exigida; que los requisitos para el reconocimiento pensional son la edad y el tiempo, mismo que debían cumplirse al 31 de julio de 2010; que el artículo 467 del CST, establece que las convenciones colectivas rigen durante la vigencia de los contratos de trabajo, y el artículo 4 de la Convención Colectiva, en consonancia con el artículo 41 de la misma convención, establecen que serían beneficiarios los trabajadores activos; que no le asiste el derecho pensional pues para la fecha en que se retiró de la entidad no había cumplido el requisito de la edad de 55 años; que se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a la UGPP de toda condena en su contra.

7. Alegatos de conclusión. Sostiene que se debe revocar y absolver a la entidad demandada de todas las suplicas de la demanda, dado que debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 01 de 2005, siendo que el actor no acreditó los requisitos antes del 31 de julio de 2010, además la convención colectiva solo es aplicable a los trabajadores activos y el actor se retiró en el año de 1999.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la UGPP se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta a favor de la UGPP en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problemas jurídicos. Consisten en establecer: ¿Hay lugar a reconocer la pensión de jubilación convencional solicitada por el actor, pese a la promulgación del Acto Legislativo 001 que entró a regir el 29 de julio de 2005 y que mantuvo la vigencia de pensiones de naturaleza convencional sólo hasta el 31 de julio de 2010?

3. Contrato de trabajo. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que el actor estuvo vinculado a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 06 de abril de 1979 al 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 20 años, 2 meses y 21 días; tampoco que arribó a la edad de 55 años el día 16 de marzo del 2014, dado que nació el mismo día y mes de 1959, ni que fue afiliado a la organización sindical y se beneficia de la convención colectiva; hechos que sin duda se coligen entre otra documental, de la certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural adosada a folio 125 del expediente administrativo, cédula de ciudadanía que milita a folio 2 archivo No 003 y certificación expedida por Sintracrédito obrante a folio 7 del cartapacio.

4. Pensión de jubilación convencional. Como se dejó sentado las pretensiones del actor se orientan a obtener el reconocimiento de la Pensión de Jubilación Convencional, en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero y su Sindicato de trabajadores, vigente entre 1 de enero de 1998 y 31 de diciembre de 1999, acuerdo que fue incorporado al proceso

con las solemnidades previstas en el artículo 469 del C.S.T., como consta a folios 80 a 116.

Ahora bien, el texto de la disposición convencional que se predica como fuente del derecho reclamado es del siguiente tenor:

"ARTICULO 41.- PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. - A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la caja agraria, cuando cumplan 20 años de servicios a la caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios"

PARÁGRAFO PRIMERO. - El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicios a la institución"

Sobre el entendimiento de la citada cláusula, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos como el aquí debatido, señaló en sentencia SL526-2018, la cual se reiteró las sentencias SL4550-2018, SL2661-2019 y SL5030-2019, que el parágrafo 1º del texto convencional aplica a los extrabajadores de la entidad, quienes en vigencia del acuerdo perdieron su condición de trabajadores activos, siempre que acrediten haber prestado 20 años de servicio, en tanto que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación. Al respecto, denotó:

"Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...]

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa

imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el extrabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia."

Al margen de lo anterior, y en lo que estrictamente se refiere al cuestionamiento jurídico, es claro que dicha prestación es concebida para aquellos extrabajadores que estando vigente el acuerdo convencional perdieron su condición y cuando menos hayan laborado para la entidad 20 años de servicio, pues, la edad de 55 años, para el caso que concita la atención de la Sala, es tan solo un requisito de exigibilidad. Bajo ese presupuesto, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que el trabajador prestó sus servicios con la extinta Caja Agraria desde el 06 de abril de 1979 al 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 20 años, 2 meses y 21 días, momento para el cual, es decir, para la fecha de terminación del laborío se encontraba vigente la cláusula 41 convencional, por lo que es evidente que tiene derecho a la prestación que demanda.

Es dable aclarar por parte de esta Sala para efectos de resolver el argumento expuesto en el recurso de apelación, que acreditado el tiempo de servicio superior a 20 años y además que se beneficiaba de los acuerdos colectivos, el actor se encuentra inmerso dentro de los supuestos de hecho que consagra la norma convencional, mismos que no se finiquitaron para el 31 de julio del 2010, ante la entrada en vigor del Acto Legislativo No. 01 reformativo del artículo 48 de la Constitución Política, pues, pese a que el actor arribó a la edad de 55 años con posterioridad a dicha calenda, esto es, el 16 de marzo de 2014, ciertamente ya ostentaba un derecho adquirido, en tanto que al cumplir los requisitos para consolidar el derecho pensional convencional, su disfrute apenas estaba supeditado al cumplimiento de la edad.

En ese sentido, aunque es indiscutible que fue voluntad del constituyente en el citado acto legislativo que a partir de su entrada en vigor (29 de julio de 2005) no fuese posible que a través de la negociación colectiva se consagraran en convenciones, pactos, laudos o acuerdos válidamente celebrados, condiciones pensionales diferentes o por encima de las establecidas por el legislador en las leyes que rigen el sistema general de pensiones, y las existentes se mantendrían por el término inicialmente estipulado, estableciendo que en todo caso, perderían vigencia el 31 de julio de 2010, fecha entonces a partir de la cual no resultarían aplicables, lo cierto es que, el Acto Legislativo no eliminó los derechos pensionales que se causaron mientras estuvo en vigencia el compendio convencional que los consagró, por tratarse de derechos adquiridos que surgieron o se causaron mientras el mismo existió en el mundo jurídico; tal es el caso que ahora concita la atención de la Sala, pues, resulta forzoso concluir que el demandante al reunir los requisitos en vigencia del convenio convencional que consagró la pensión jubilatoria mantendría su derecho adquirido, pese a la vigencia del acto legislativo, ya que se hallaba apenas a la perspectiva del cumplimiento de edad, para su exigibilidad o disfrute.

En esa medida, la sentencia atrás citada sintetizo:

"En síntesis, y a manera de colofón, cuando la disposición convencional previó la pensión de jubilación exigiendo un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación del servidor de la entidad, sobre el supuesto de que a los que estaban vinculados similar derecho concibió, no queda duda alguna que la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho para los primeros, pues a ello solo bastaba el

cumplimiento de los anteriores en el término de su vigencia, para tenerse a ésta como un mero requisito de la exigibilidad, disfrute o goce del derecho pensional.

Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010.”

De acuerdo con el anterior derrotero, no le asiste razón a la censura en el sentido de sostener que la pensión reclamada por el actor había desaparecido del mundo jurídico ante la existencia de la preceptiva reformativa, y por el contrario, es claro que el Juez de primer grado atinó al conceder la prestación solicitada, máxime cuando aquellos requisitos para su causación no fueron objeto de controversia, esto es, el tiempo de servicios y la terminación del nexo contractual en vigencia del texto normativo, por manera que de lo anotado y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión que bien tomó el A quo.

5. Cuantía de la pensión. La pensión de jubilación aquí reclamada debe ser pagadera en armonía a lo expresamente establecido en el artículo 41 del texto convencional, esto es, el equivalente al “75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios” y conforme al parágrafo tercero que establece:

“Parágrafo 3º. La pensión se liquidará así:

Primer factor fijo. *Ultimo sueldo básico mensual más primas de antigüedad y o técnica si las estuviere devengando.*

Segundo factor. *Valores variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos factores se tomará el 75% establecido.”

Así las cosas, a folios 3 y 4 archivo No 003, obra certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, misma que da cuenta de los factores salariales que el actor devengó durante el último año, correspondiendo a la suma de \$4.936.123, que, al dividirlo entre 12 meses, arroja un promedio base salarial de \$411.344, que, al sumarlo con el factor fijo, esto es, \$932.507, arroja un total de **\$1.343.851.**

Ahora bien, el salario establecido deberá ser indexado desde el momento en que el demandante dejó de trabajar y el cumplimiento de los 55 años conforme lo dispuso la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ del 20 de abr. de 2007, rad. 29470, y las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, para el cual deberá tomarse el IPC de la última anualidad, así:

$$VA = VH * \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$
$$VA = \$1.343.851 * \frac{79,56 \text{ (IPC dic 13)}}{36,42 \text{ (IPC dic 98)}}$$

VA= \$2.935.661

Una vez realizados los anteriores cálculos, encuentra la Sala que el salario promedio del último año de servicios del actor indexado arroja la suma de \$2.935.661, suma que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, conforme a lo indica la cláusula 41, arroja una mesada inicial para el año 2014 de **\$2.201.746**; sin embargo, como la mesada que ordenó el a quo fue de **\$2.201.592**, es decir, menor por una ínfima diferencia a la calculada en esta instancia, se mantendrá la mesada pensional ordenada en primera instancia, ya que no fue punto de disenso por la parte activa y además la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP. Mesada que deberá pagarse en 14 mesadas al año, pues a la fecha en que se causó la pensión -27 de junio de 1999- no había entrado a regir el Acto legislativo 01 del 2005. En esa medida, se confirmará la sentencia en este punto.

6. Prescripción. Son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794-2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, pues sin duda el demandante se ubica en los

citados supuestos, ya que, aunque la exigibilidad de la prestación económica se dio al momento en que el demandante arribó a la edad de 55 años, esto es, el 16 de marzo del 2014, tal como se señaló, al ser la pensión convencional una prestación económica con causación periódica, debe entenderse que el término de prescripción se encuentra interrumpido con cada reclamación que se realice respecto de las mesadas pensionales causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, como se indicó en la citada sentencia.

Ante este panorama, teniendo en cuenta que el derecho a la pensión convencional se hizo exigible el 16 de marzo del 2014, y que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, operó este fenómeno para este caso en particular con respecto a las mesadas causadas con anterioridad al 27 de julio de 2015, como acertadamente lo consideró el a quo. Lo anterior, si en cuenta se tiene que el actor elevó reclamación ante la demandada hasta el 27 de julio de 2018 (Fols. 6 archivo No 01) y la demanda se presentó el 24 de octubre de 2018 (Fol. 1 archivo No 04), debiéndose en consecuencia confirmar la decisión de instancia al respecto.

7. Retroactivo pensional. Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$277.451.707**, correspondiente a las mesadas causadas entre 27 de julio de 2015 y el 31 de octubre de 2022, y a partir del 1º de noviembre de 2022 la UGPP deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a \$3.082.919, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo dicho en precedencia.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2014	3,66%	\$ 2.201.592		\$ 0
2015	6,77%	\$ 2.282.170	7	\$ 15.975.192
2016	5,75%	\$ 2.436.673	14	\$ 34.113.425
2017	4,09%	\$ 2.576.782	14	\$ 36.074.947
2018	3,18%	\$ 2.682.172	14	\$ 37.550.412
2019	3,80%	\$ 2.767.465	14	\$ 38.744.515
2020	1,61%	\$ 2.872.629	14	\$ 40.216.807
2021	5,62%	\$ 2.918.878	14	\$ 40.864.297
2022		\$ 3.082.919	11	\$ 33.912.113
			TOTAL	\$ 277.451.707

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de julio de 2015, se reconoció de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021).

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

8. Compartibilidad de la pensión de jubilación convencional. En esa medida, con el fin de establecer si la pensión que le fue reconocida en este asunto al promotor del proceso es compartible o compatible con la pensión de vejez legal, cumple recordar que la compartibilidad de las pensiones se reglamentó mediante el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año, el cual en su artículo 5º, dispuso la compartibilidad de éstas y la obligación del empleador de pagar el mayor valor que resultare entre lo que venía pagando y lo reconocido por el ente de seguridad social, así como seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte.

A su vez, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, señaló el 17 de octubre de 1985, continuarían cotizando para los seguros de vejez, invalidez y muerte al Instituto de Seguros Sociales hasta cuando sus trabajadores cumplieren con los requisitos por esta entidad exigidos para otorgar la pensión de vejez, siendo a partir de ese momento obligación del patrono, cubrir el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. Asimismo, se indicó que las pensiones serían compartidas a partir de la citada data, salvo que en el acto de origen (convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes), se estableciera expresamente la compatibilidad.

Dicho lo anterior, resulta suficiente establecer que la pensión de jubilación otorgada al demandado es compartible con la legal de vejez, caso en el cual quedaría a cargo de la demandada únicamente el mayor valor si lo hubiere, en tanto que su compatibilidad no quedó expresamente señalada en el texto convencional antes citado.

9. Indexación. Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la juez de primer grado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartíendose confirmación de la sentencia en lo demás.

10. Costas. Costas a cargo de la UGPP por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el numeral **SUGUNDO** de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022 por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

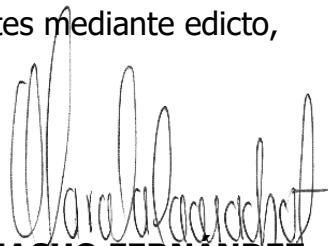
"SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a pagar al señor HUMBERTO JULIO TRUJILLO APONTE, suma de **\$277.451.707**, como retroactivo pensional causado desde el 27 de julio de 2015 hasta el 31 de octubre de 2022. A partir del 1º de noviembre de 2022, la UGPP, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de \$3.082.919, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

Parágrafo: La UGPP deberá reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación".

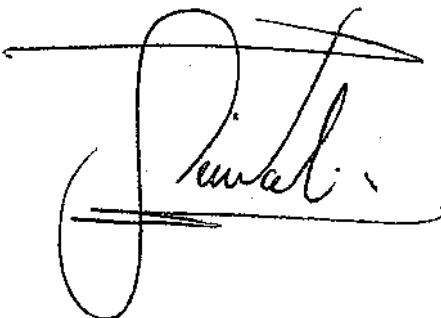
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

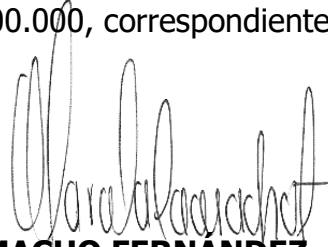


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor del demandante, y a cargo de la UGPP, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, correspondiente a UN (1) SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *MARÍA CONSUELO LÓPEZ SANDOVAL*
DEMANDADO: *COORSERPARK SAS y OTROS*
RADICACIÓN: *110013105-020-2018-00648-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA*
TEMA: *SALARIO - BONIFICACIONES.*

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA CONSUELO LÓPEZ SANDOVAL instauró demanda ordinaria contra COORSERPARK SAS, con el fin de que se declare que el salario devengado era de \$2.756.707 mensuales; que se declare que el excedente entre el salario mínimo y lo realmente devengado constituye salario para efectos prestacionales y liquidatorios; que se declare que las prestaciones económicas periódicas son como consecuencia de todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, y en consecuencia, que se condene a la entidad demandada al pago de la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones, al pago de la indemnización del artículo 65 del CST, la diferencia en los aportes al sistema integral de seguridad social, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la entidad demandada desde el 01 de octubre de 2006 hasta el 30 de agosto de 2017, el cual finalizó por renuncia voluntaria; que el salario pactado fue de \$408.000, esto es, un salario mínimo legal; que se desempeñó como afiliadora; que el 03 de diciembre de 2008 el empleador le manifestó que debe firmar otro contrato, en donde Coorserpark LTDA, pasa a llamarse Coorserpark S.A.S., ante lo cual se acogió por continuidad laboral; que la labor se desempeñó cumpliendo ocho horas diarias, más horario extra y en algunos casos con una sobre carga laboral; que la duración de la jornada dependía de la demanda de personal a afiliar al servicio y en muchas ocasiones le tocaba salir a buscar los clientes para afiliar; que a lo largo de la relación laboral se le reconocieron unas prestaciones económicas periódicas y móviles como comisiones, las cuales no se tuvieron como salario; que el 2 de mayo de 2018 elevó derecho de petición ante el empleador con el fin de que se haga la reliquidación, sin embargo, recibió respuesta negativa el 20 de septiembre de 2017, informándole que dicho pagos se hacían por mera liberalidad del empleador; que los pagos de nómina desde el año 2016 se hicieron por medio del código de transacción 0592 (Abono pago de nómina); que la cláusula cuarta del contrato de trabajo establece que la remuneración corresponde al salario mínimo mensual vigente más bonificaciones variables de acuerdo a su labor. (fls. 2 a 11 archivo No 01).

2. Contestación de COORSERPARK S.A.S. Al contestar la demanda aceptó el vínculo laboral de la actora; sin embargo, precisó que la fecha de ingreso fue el 03 de diciembre de 2008 y el retiro el 31 de agosto de 2017; manifestó que el cargo para la cual fue contratada la demandante correspondía a asesora de producto Ministerio de Defensa, y no el cargo de afiliadora, ya que este es inexistente al interior de la empresa demandada; se opuso a las pretensiones de reliquidación de prestaciones y demás acreencias, con fundamento en que la demandada reconoció todos los derechos de la actora con base en el salario efectivamente devengado. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y todas las demás que resulten probadas (Fols. 113 a 119 archivo No 01).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 03 de diciembre del 2021, en la que el fallador de instancia, absolvió a la parte demandada COORSERPARK S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARÍA CONSUELO LÓPEZ SANDOVAL, declarando probadas las excepciones propuestas por la demandada, condenando en costas a la parte actora. (Fols. 1 a 3 archivo No 09 con audiencia virtual)

Para tomar su decisión, indicó que en efecto se constató la existencia de una relación laboral de la actora con COORSERPARK S.A.S.; sin embargo, precisó que el extremo inicial no corresponde al que pide la demandante, esto es, 09 de octubre de 2006, sino el 03 de diciembre de 2008, tal como lo demostró la demandada con el contrato de trabajo aportado y sobre la cual la parte actora no presentó tacha, y por ende, tuvo como extremos de la relación laboral el 03 de diciembre de 2008 hasta el 30 de agosto de 2017, adicionalmente se corrobora con el contrato de trabajo, la carta de renuncia y liquidación final de prestaciones.

En lo que respecta al carácter salarial de los auxilios recibidos, manifestó que conforme lo establecido en el artículo 127 y 128 del CST, la regla general es que todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa es salario; sin embargo, revisado el acervo probatorio, concluyó que:

"Ante lo acordado por las partes y las pruebas traídas y las conclusiones antes referida a que llegue el despacho, teniendo en cuenta además que no se aportaron medios probatorios distintos a los allegados del proceso para refutar que los pagos denominados premios o bonificaciones no salarial, auxilio, suministro de alimentación y auxilio de transporte si constituía el factor salarial, simplemente la parte actora a folio 23 a 98 aportó unos extractos de su cuenta bancaria, en donde al parecer la sociedad demanda le consignaba la nómina y en donde se relacionan distintas deducciones y pagos habituales, pero expresamente no se ve que haya sido por las remuneraciones o comisiones que aquí se controvierten o específicamente por qué factor se le pagaron esos emolumentos".

4. Impugnación y límites del ad quem. La parte **demandante** interpone recurso de apelación, manifestando que prestó su servicio en calidad de asesor de productos para el Ministerio de Defensa; que las actividades estaban muy discriminadas o muy relativas al objeto contractual que tiene la demandada, además guardan relación con el cargo que está descrito dentro de su contrato laboral; que no pueden desconocerse los pagos realizados a través de su cuenta nómina, ya que se realizaron de manera mensual, no ocasional; que le eran consignadas unas cifras de dinero superiores al salario que se había pactado, que correspondían a las comisiones que devengaba dentro de su actividad comercial por las afiliaciones que hacía; que el despacho no realizó su interrogatorio de parte, con lo cual hubiera resuelto las dudas sobre los

conceptos devengados y cuales eran esas actividades reales que ejerció durante la vigencia de la relación laboral; que en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la demandada, manifestó que esos pagos o esos auxilios, eran auxilios de alimentación, de vivienda, de movilidad y transporte y que dentro de los extractos bancarios estaban contenidos tales pagos; que si bien es cierto existen algunos postulados que permiten a las partes excluir como factor salarial algunos ingresos o algunos factores, ello debía hacerse de manera taxativa dentro del documento que contenga esa exclusión, por acuerdo entre las partes, es decir, que se tiene que haber consagrado dentro de ese documento qué valores, qué conceptos y qué montos tenían la capacidad de ser excluidos como factor salarial, lo que no se encuentra definido en el contrato de trabajo o en las cláusulas allí contenidas, más aún cuando esas cláusulas pueden llegar a ser ineficaces o nulas por cuanto las mismas atentan contra los derechos laborales de los trabajadores, ya que en realidad fueron comisiones que ella realizaba y generada durante toda la prestación de su trabajo por la afiliación de los productos que la empresa ofrecía. En síntesis, solicita que se revoque la decisión de instancia y se reconozca todas las pretensiones del libelo incoatorio.

5. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal la parte demandante presentó alegatos de conclusión solicitando se revoque la decisión de instancia y se conceda las pretensiones, ello debido a que en la primera instancia no se valoró en debida forma la prueba, insistiendo en que se debía haber escuchado a la actora en interrogatorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿El pago de los auxilios denominados "premios o bonificaciones no salarial, auxilio, suministro de alimentación y auxilio de transporte" constituyen salario en los términos del artículo 127 del CST?

3. Relación laboral y extremos temporales. Las partes no cuestionan en esta instancia las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, tampoco sus extremos temporales, las cuales se corroboran con el contrato de trabajo (folios 120 a 124 archivo No 01), la carta de renuncia del contrato a partir del 31 de agosto de 2017 (folios. 125 archivo No 01), y la liquidación final del contrato (Fol. 126 archivo No 01).

4. "Auxilios no prestacionales" como salario. Para resolver este problema jurídico es preciso señalar que el artículo 127 del CST consagra los elementos integrantes del salario, dentro de los que se encuentra *"todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte"*.

Ahora, sobre su correcta intelección la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1662 de 2021, hace todo un andamiaje jurisprudencial respecto del artículo en cita, en la que extraen apartes de sentencias desde la radicación No 5481 de 2003 hasta la SL4850 de 2019, y en lo que aquí concita la atención de esta Sala, determina que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 1995, existe la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente, u otorgados

extralegalmente por el empleador, puedan ser considerados sin incidencia salarial, pero para que aquello ocurra debe verificarse si ese beneficio habitual u ocasional constituye retribución directa del ser servicio, es decir, le corresponde al juzgador *"examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado (...)"*

En la misma providencia se determina que el solo hecho de que se reciba un beneficio de manera periódica no implica que tenga incidencia salarial, razón por la que, el administrador de justicia no puede de manera simplista determinar que constituye salario por la manera habitual en que se recibe una suma de dinero, sino que debe realizar un **"juicio hermenéutico"** para desentrañar si lo recibido a favor del trabajador fue para remunerar el servicio prestado o lo fue para otra finalidad.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1798-2018 establece que existen conceptos que por su naturaleza tienen incidencia salarial, independiente del nombre que se les dé, los cuales no pueden excluirse por convenio entre las partes, tales como las comisiones.

La misma Corporación ordinaria ha señalado que las partes contratantes pueden convenir el pago de beneficios sin incidencia salarial, pero aquellos pactos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, no siendo posible establecer cláusulas globales o genéricas, y que ante *"la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo"* (SL5159-2018)

De la misma providencia se extrae que los pagos no salariales deben tener destinación específica, es decir, que el emolumento no sea otorgado para que el trabajador *"dispusiera inmediatamente de esos recursos"*, ya que, de ser así, puede aquel emplearlos en *"la satisfacción de las necesidades que usualmente se colman mediante el salario"*, y en ese orden se desnaturaliza la finalidad del beneficio no salarial pactado entre las partes.

Frente a este particular tema, de manera más puntual nuestro máximo órgano de justicia ordinaria dejó sentado que para darle connotación salarial a un pago, la parte activa **debe probar su origen**, esto es, que se efectuó como contraprestación directa del servicio, de lo contrario resultaría impróspera la pretensión **(SL7820/14)**. Respecto a que se entiende por contraprestación directa del servicio, ha enseñado que es aquella cuyo pago depende de lo que haga o deje de hacer el trabajador, por ello, es necesario establecer si la contraprestación económica se generó o no por la actividad desarrollada por el trabajador **(SL2029/20 que reitera SL435/19, Rad. 32657/09)**.

Descendiendo al sub examine, desde ya la Sala le dará la razón al a quo, con base en los siguientes razonamientos.

A folio 122 archivo No 01 de la contestación obra el contrato de trabajo suscrito entre las partes, en la que se dice textualmente:

"TERCERA.- SALARIO: (...)

PARÁGRAFO 2: Para efectos del artículo 128 del C.S.T. Modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990 expresamente se conviene que los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, en dinero o en especie, dentro o fuera de la sede, que concediere el EMPLEADOR al (la) TRABAJADOR (A), no constituyen salario, particularmente se incluye dentro de este pacto el suministro de alimentación, así como cualquier prima o

bonificación extralegal, de vacaciones, de servicios o de navidad, que por mera liberalidad se le asignen.

(...)

CUARTA. BENEFICIOS ECONÓMICOS EXTRALEGALES

De acuerdo con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, (...) no serán tenidos en cuenta como ingreso base de cotización para seguridad social, como ingreso base de liquidación de aportes parafiscales, ni como base para la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones de cualquier naturaleza, tales como Bonos Sodexo y Big Pass, así como cualquier otro pago extra legal, que en cualquier tiempo conceda la compañía o beneficios similares, que en el futuro se llegaren a dar por parte del EMPLEADOR por mera liberalidad. PARÁGRAFO: Dado el carácter liberal, voluntario y extra legal de las primas, auxilios, beneficios, bonificaciones o suministros que habitual u ocasionalmente, pague la compañía, las partes conciernen expresamente que las mismas pueden ser aumentadas, disminuidas y aun eliminadas a juicio del EMPLEADOR, en cualquier momento, recalando que de ninguna manera constituyen salario”.

Igualmente, a folio 23 a 98 archivo No 01 de la demanda obran los extractos de la cuenta bancaria de la actora, en los que se observa el código 0592 con la descripción “Abono dispersión Pago Nomina de Coordin De Ser”, y el valor consignado de manera global en cada fecha que se realizaba el pago.

En ese orden, debe precisar la Sala que existe orfandad probatoria de la parte activa de la Litis en sacar adelante tal pedimento, pues ninguna probanza adicional a la documental atrás referida emerge del plenario, que permita como lo menciona la Corte, hacer el ejercicio hermenéutico para determinar su naturaleza y finalidad, esto es, establecer si remunera de manera directa la actividad que realiza el laborante.

Se debe recordar que no basta con que tal auxilio sea periódico o habitual, como lo alega la actora, sino que se requiere auscultar en que consistió y los motivos o razones que llevaron a las partes a pactarlo de esa manera, circunstancias que bien pudo el apoderado judicial de la demandante demostrar, entre otras, con la prueba testimonial, misma que fue pedida, pero que llegada la etapa de su práctica fue desistida por el apoderado judicial de la activa, razón por la cual, en lo tocante a los auxilios reclamados como salariales ni siquiera se pudo **demostrar su origen**.

Ahora, manifiesta la parte activa que del interrogatorio absuelto por la representante legal de la encartada se puede colegir que en los valores de los extractos bancarios se encuentran incluidos los auxilios reclamados; empero, debe precisarse que de dicha declaración no se desprende confesión alguna de que los auxilios reclamados fueran producto de la retribución directa del servicio o que constituyan comisiones por afiliación como se pretende en la alzada, al contrario, se mantuvo el deponente en lo expresado en la contestación de la demanda, esto es, que la empresa otorgaba algunos auxilios por mera liberalidad sin incidencia salarial, y por ello, resultaba imperioso que la parte activa de una u otra manera hubiera traído al diligenciamiento algún medio suasorio diferente a los extractos bancarios para por lo menos determinar la naturaleza y origen de los dineros que percibió, pero nada de eso se puede dilucidar con lo aportado en el proceso.

Nótese que la postura defendida por la parte actora es que los conceptos recibidos constituyen salario en tanto fueron habituales y constantes, para lo cual, resulta ilustrativo lo expuesto en sentencia SL5159-2018 en la que la Corte hace referencia a la “habitualidad” o “proporcionalidad” en los siguientes términos:

"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo".

De lo expuesto, fluye con total claridad que la **habitualidad en el pago de un emolumento solo es contingente y no definitorio**, y por ello, en el caso sub lite, encuentra la Sala que el solo hecho de ser habitual y corresponder a una suma fija no hace que los auxilios adquieran el carácter de salarial, máxime si en cuenta se tiene que solo se allegan los extractos bancarios donde se reflejan valores que son variables y que ni siquiera permiten discriminar a qué pago corresponden o a qué clase de auxilio extralegal se refieren, ya que bien puede ser una bonificación, premio o cualquier otro concepto, por lo que mal haría la Sala en asumir que el valor global allí determinado es salario, y menos deducir que corresponden a comisiones por afiliación, pues ninguna probanza sustenta la postura de la parte activa.

Finalmente, en lo concerniente a que debía el a quo de manera oficiosa practicar el interrogatorio de parte de la demandante, acota la Sala que el recurso de apelación no es la oportunidad procesal para revivir etapas ya agotadas, pues en la etapa de decreto y practica de pruebas ninguna manifestación hizo la parte actora al respecto, máxime que el interrogatorio lo pidió la demandada y luego en ejercicio de su derecho presentó desistimiento, además de ninguna manera la facultad de decretar una prueba oficiosa puede convertirse en regla general para el juzgador en procura de reemplazar la carga demostrativa que le corresponde a la parte demandante, y así lo ha decantado la Corte Constitucional en sentencia SU129 de 2021, en los siguientes términos:

*"El objeto de la actividad probatoria en el proceso judicial es superar el estado de incertidumbre. Puede que ello se logre (o no) acudiendo a los elementos probatorios aportados por las partes. Pero si no es así, **y la parte interesada no fue responsable de la insuficiencia probatoria**, corresponderá al juez decretar y practicar pruebas de oficio. **De allí que la actividad oficiosa del juez sea subsidiaria**, porque no reemplaza al binomio demandante-demandado en la demostración de sus dichos" (Negrilla fuera del texto).*

Así las cosas, sin que haya más que agregar al respecto, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión de instancia en lo que respecta a la incidencia salarial de los auxilios reclamados.

5. Costas. Costas a cargo de la demandante y a favor de la entidad demandada, por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

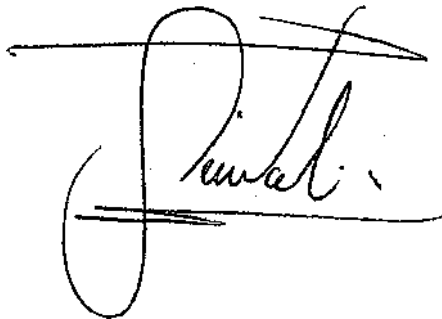
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de diciembre del 2021, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia en favor de la parte demandada y a cargo de la demandante. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **COORSERPARK S.A.S.** y a cargo de la demandante **MARÍA CONSUELO LÓPEZ SANDOVAL**, en la suma de \$200.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ARMANDO OVALLE JIMÉNEZ
Demandadas: EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA Y OTRAS
Radicación: 15-2019-00410-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA— PENSIÓN CONVENCIONAL-
CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En cuanto a la solicitud de prueba elevada por la parte demandante, se rechaza de plano en tanto que no cumple con los presupuestos del artículo 83 del C.P.T. y de la S.S., para ser decretada.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Armando Ovalle Jiménez, instauró demanda ordinaria contra Empresa de Licores de Cundinamarca, Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca y Departamento de Cundinamarca, con el propósito de que se declare que trabajó al servicio de la primera de las citadas desde el 17 de octubre de 1990 hasta la actualidad, es decir, por un tiempo superior a 20 años; que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre su empleador y la el sindicato SINALTRALIC, para el periodo comprendido entre 1997 y 1999, misma que se ha venido prorrogando automáticamente. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se disponga a su favor el reconocimiento y pago de la pensión convencional de jubilación del artículo 59, desde que cumplió 20 años de servicio laborados, esto es, desde el 17 de octubre de 2010, junto con los reajustes anuales, retroactivo pensional, daños y perjuicios causados por el incumplimiento a la norma extralegal, además, la solidaridad del Departamento de Cundinamarca, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la Empresa de Licores de Cundinamarca desde el 17 de octubre de 1990, cuyo vínculo laboral se encuentra vigente y se afilió al sindicato SINALTRALIC desde el 17 de octubre de 1990, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo para el periodo comprendido entre 1997 y 1999. Refirió que devenga un promedio salarial de \$5.215.228, además, que al 17 de octubre de 2010 tenía más de 20 años de servicio al Estado, siendo por tanto beneficiario de la prestación económica reclamada, en términos del artículo 59 de ese cuerpo normativo extralegal. (Expediente digital, PDF 01Expediente2019410, págs. 5 a 16)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01Expediente2019410, pág. 77); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Empresa de Licores de Cundinamarca. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo exige la concurrencia de servicios con entidades estatales y encontrarse laborando para la entidad demandada a 31 de marzo de 1985, aspectos que no cumple el actor, de allí que tampoco sea beneficiario de la prestación económica que reclama. Dijo que si lo que pretende el actor es el reconocimiento prestacional por virtud del artículo 58 convencional, tampoco tiene derecho a la misma, ya que solo se benefician aquellos trabajadores que, habiendo cumplido los requisitos de tiempo de servicio, hubieren estado vinculados a 31 de marzo de 1985, conforme a las exigencias del artículo 63 ibídem.

Precisó que el reconocimiento de la pensión con inclusión de los tiempos de servicio prestados a la Asamblea de Cundinamarca, Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca y Contraloría de Cundinamarca, ya fue objeto de decisión judicial por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de junio de 2009, confirmada por este Tribunal, dentro del proceso ordinario laboral con radicado núm. 06-2007-01113-00, por lo que se configuró la institución de cosa juzgada prevista en el artículo 303 del C.G.P. Agregó que, si se toma el tiempo de labor exclusivo a la Empresa, se establece que el trabajador cumplió con 20 años de servicio con posterioridad al 31 de julio de 2010, razón por la cual conforme a lo ordenado por el artículo 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, las reglas de carácter pensional contenidas en el texto extralegal perdieron su vigencia.

En lo que hace a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º a 3º, 8º, 10º, 11º, 13º a 15º, parcialmente los hechos 4º, 7º y 12º, y frente a los demás señaló no ser ciertos. Formuló la excepción previa de cosa juzgada y como de mérito las que denominó falta de causa por activa y/o inexistencia de los derechos pretendidos por pérdida de vigencia de la cláusula convencional, buena fe patronal, cobro de lo no debido y prescripción. (Expediente digital, PDF 23ContestaciónDemanda)

3.2. Departamento de Cundinamarca. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que no actuó como empleador del demandante, siendo que éste tuvo vinculación con la Empresa de Licores de Cundinamarca, en el cargo de operario código 104, grado 5; además, porque la convención colectiva de trabajo respecto de la cual aquel funda la controversia, no fue suscrita por la Gobernación de Cundinamarca, por tanto, no se encuentra en su cabeza ningún reconocimiento pensional; por último, advirtió que no se señala cual es el fundamento de la solidaridad deprecada, con lo cual se impide su derecho de defensa.

Negó o no le constó los hechos de la demanda y en su defensa formuló la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa y como de fondo las que denominó pérdida de vigencia de las pensiones convencionales en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del 31 de julio de 2010, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho, prescripción y cobro de lo no debido. (Expediente digital, PDF 01Expediente2019410, págs. 101 a 132)

3.3. Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca. En auto del 9 de abril de 2021 se tuvo por no contestada la demanda.

(Expediente digital, PDF 01Expediente2019410, págs. 209 y 210)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto del 2022, en la que el fallador absolvió a las demandadas Empresa de Licores de Cundinamarca y Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, cosa juzgada y pérdida de vigencia de las disposiciones convencionales conforme el acto legislativo 001 de 2005. Gravó en costas al actor.

Como sustento de su decisión precisó de manera preliminar que, aunque en la demanda se incurrió en una imprecisión al referirse a los presupuestos normativos bajo los cuales debía reconocerse la pensión convencional, pues se hizo una mixtura de estos; no obstante, debía analizar la prestación bajo los postulados de los artículos 58 y 59 del texto extralegal, pese a que se cimentó el pedimento en el segundo de ellos.

En armonía a lo anterior, citó los artículos 59 convencional y 303 del C.G.P., así mismo, jurisprudencia de la Corte Constitucional, para significar que el actor tramitó ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá proceso ordinario, cuyo objeto tuvo lugar a las mismas pretensiones que se señalan en esta demanda, esto es, pensión convencional, en el que además concurrieron las mismas partes; mismo que finalizó con decisión absolutoria. Indicó que, si bien aquel menciona un cambio jurisprudencial, pretendiendo que se reste eficacia al fenómeno de la cosa juzgada, no obstante, consideró que tal situación no hace que cesen sus efectos, pues así lo ha dicho el Consejo de Estado, en sentencias con radicado núm. "2500-2342-002013-1303" del 23 de enero de 2020 y "2016-1356" del 17 de marzo de 2016 y, la Corte Constitucional en providencia "C-819 de 2019"; de suerte que operó en este asunto tal figura procesal.

De otro lado, en lo que concierne a los presupuestos normativos del artículo 58 del texto extralegal, estimó que el actor ingresó el 17 de octubre de 1990, cumpliendo los 20 años de servicio el mismo día y mes del año 2010. Manifestó que, de conformidad con el criterio actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el requisito del tiempo de servicio se debe cumplir antes del 31 de julio del año 2010, en los términos del artículo 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, de suerte que el promotor del litigio al haber cumplido con posterioridad a la citada calenda el tiempo exigido en la convención colectiva de trabajo, imposibilitada al juzgado acceder al beneficio pensional pretendido. (Expediente

digital, audio 27Audiencia11DeAgosto2022Ord20190041000)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el accionante interpuso recurso de apelación señalando que, en armonía a la cosa juzgada declarada, contrario a lo esgrimido por el A quo, existen hechos que difieren de los relatados en la demanda que cursó en el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. Refirió que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cosa juzgada en materia pensional no puede estar por encima de la realización del derecho sustancial, de manera que debió darse su respectiva prevalencia en este asunto en concreto a fin de proteger derechos de un sujeto de especial protección constitucional.

Indicó que los derechos pensionales reclamados son de relevancia constitucional, de manera que los tiempos compartidos y que fueron efectuados al Estado, es decir, el periodo en que estuvo al servicio de la Contraloría General de la Nación y del Departamento de Cundinamarca en obras públicas, no fueron objeto de la primera demanda. De otro lado, sostuvo que cumplió con los 20 años de servicio antes del límite establecido en el Acto Legislativo 001 de 2005, de allí que debió haberse reconocido la pensión de jubilación convencional, a más porque es beneficiario y satisface no solo los

presupuestos contenidos en el artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo, esto es, 15 años al servicio de la Empresa de Licores de Cundinamarca y haber estado trabajando al “31 de marzo de 1995”, sino, además, los previstos en el artículo 63 de la misma norma extralegal.

Agregó que la Empresa de Licores de Cundinamarca, si bien fue objeto de modificación de su estructura y se crea con posterioridad el Fondo de Pensiones de Cundinamarca, es una entidad nueva que no hace que haya identidad de partes, pues su naturaleza jurídica es distinta, por ende, tampoco habría lugar a la cosa juzgada.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que no se cumplen con los elementos de la cosa juzgada ya que las demandas no se basan en los mismos hechos y pretensiones, puesto que en dicho momento no se había puesto de presente que tenía tiempos compartidos con otras entidades del Estado ni se había solicitado aplicar el precedente jurisprudencial.

6.2. Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca. En su escrito de alegaciones indicó que en el presente asunto operó el fenómeno de cosa juzgada, además, la parte actora no cumple con los requisitos para acceder a la pensión deprecada, en tanto que fue afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Sobre las pretensiones debatidas en el presente juicio ya existe un pronunciamiento judicial debidamente ejecutoriado y, por ende, operó el fenómeno de la cosa juzgada? De no hallarse probada; (ii) ¿Hay lugar a reconocer la pensión de jubilación convencional solicitada por el actor, pese a la promulgación del Acto Legislativo 001 que entró a regir el 29 de julio de 2005 y que mantuvo la vigencia de pensiones de naturaleza convencional sólo hasta el 31 de julio de 2010?

3. Contrato de trabajo. Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan que el actor está vinculado a la Empresa de Licores de Cundinamarca mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de octubre de 1990 y que aún se mantiene a la fecha; tampoco que está afiliado al Sindicato de Trabajadores de las Empresas Licoreras, Fábricas e Industrias de Licores de Colombia “SINALTRALIC SUBDIRECTIVA CUNDINAMARCA” y que se beneficia de la convención colectiva de trabajo 1997-1999; hechos que sin duda se corroboran entre otra documental, de las certificaciones expedidas por la Empresa de Licores de Cundinamarca y la citada agremiación sindical. (Expediente digital, PDF 01Expediente2019410, págs. 17 y 19)

4. Cosa juzgada. El recurrente aduce que, contrario a lo colegido por el cognoscente de primer grado, no se configuró la excepción de cosa juzgada derivada del proceso que ya conoció y falló el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y que confirmó este Tribunal. Frente a ello, es menester recordar que la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para

impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro. Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes (*eadem personae*), entendiéndose que no es la identidad de las personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto (*eadem res*), que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa (*eadem causa petendi*), que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

Conforme a lo expuesto y de cara a las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en el proceso inicialmente surtido entre los mismos contendientes que resolvió la situación del ahora accionante, fuerza concluir que sobre la pensión convencional de jubilación reclamada con fundamento en el artículo 59 del texto extralegal, segunda premisa, esto es, en cuanto exige al trabajador un tiempo laborado de 15 años o más de los 20 años servidos al Estado y haya estado al servicio de la empresa a 31 de marzo de 1995, existe determinación que impide pronunciamiento al respecto, de allí que no sea procedente revivir una discusión que se agotó plenamente en un proceso anterior que hizo tránsito a cosa juzgada, como mal pretende el actor.

Se afirma lo precedente porque de cara a las citadas sentencias, el actor, la Empresa de Licores de Cundinamarca y la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca ya fueron parte en un proceso anterior, en el que se ventilaron pretensiones que también se piden en esta demanda.

En efecto, la Empresa de Licores de Cundinamarca allegó copia de la demanda en la que se verifica que efectivamente en proceso anterior el demandante solicitó como pretensión que se condene al Departamento de Cundinamarca, Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, hoy Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca y Empresa de Licores de Cundinamarca el reconocimiento de la pensión convencional a que tiene derecho por servicios compartidos con otras entidades estatales, según lo dispuesto en el artículo 59, premisa segunda, de la convención colectiva de trabajo, suscrita entre SINTRALIC y Empresa de Licores de Cundinamarca.

De esa actuación emana la sentencia adiada 3 de junio de 2009, que fue proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones del libelo demandatorio, determinación que no obstante de haber sido recurrida por el actor, fue confirmada por la Sala Laboral de Descongestión de este Tribunal, mediante providencia calendada 14 de diciembre de 2010.

En este punto, se debe precisar por la Sala que, si bien en el primer proceso se reclamó el reconocimiento de la pensión convencional bajo la segunda hipótesis del artículo 59 convencional y aquí se reclama el derecho pensional con base en la totalidad de tal referente normativo extralegal, lo cierto es que lo primero ya fue objeto de juzgamiento por esas autoridades judiciales, por tanto, siendo idéntica una de sus pretensiones a la debatida en el presente juicio y existiendo pronunciamiento judicial debidamente ejecutoriado, se configura el medio exceptivo que nos ocupa, sin que le sea permitido a esta Corporación revocar ni reformar la decisión que ya se adoptó en proceso anterior.

Y aunque el actor intenta revivir la discusión en torno al cumplimiento de los presupuestos extralegales para acceder a la pensión de jubilación convencional, a partir de la sentencia SL5311-2018, en la que se señaló que este beneficio pensional “*está destinado a aquellos trabajadores vinculados al 31 de marzo de 1995, pues respecto de los demás, se previó la*

aplicación del artículo 63 convencional'; para la Sala, la determinación que tomó en su oportunidad nuestra Corte Suprema de Justicia, no supone un cambio jurisprudencial, como mal lo aprecia la censura, ni mucho menos constituye un hecho procesal nuevo como mecanismo excepcional para remover la inmutabilidad de la decisión judicial que ya se tomó en su oportunidad (SL3492-2019).

Lo anterior se explica porque, contrario a lo dicho por el apelante, esa decisión que se profirió por la Sala de Descongestión de la CSJ, reiteró el criterio jurisprudencial referido en la sentencia SL, 30 de septiembre de 2004, rad. 23389 en lo que hace a la duda interpretativa que surgió frente a la fecha en que se requería acreditar vínculo laboral con la empresa accionada, con miras a acceder a la pensión convencional, disponiendo para ese efecto, que lo sería el 31 de marzo de 1995, tal cual se dejó en el texto extralegal. De allí que mal podría afirmarse que hubo un cambio jurisprudencial o un hecho procesal nuevo a partir del cual pueda restarse operatividad al fenómeno de la cosa juzgada, pues, a decir verdad, ese era el precedente jurisprudencial que venía aplicando esa Corporación en asuntos similares desde el año 2004.

Por consiguiente, la providencia que profirió el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., misma que fue confirmada por la Sala Descongestión de este Tribunal, en los términos que fueron impuestas, si bien discrepan de la jurisprudencia de la Sala de Casación de la CSJ, indudablemente hicieron tránsito a cosa juzgada, máxime cuando fueron proferidas con posterioridad a la regla jurisprudencial esbozada. De tal suerte que, si el actor no se encontraba de acuerdo con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, el mecanismo idóneo que debió utilizar para propender por las garantías constitucionales que en la apelación resalta como quebrantadas, era el recurso extraordinario de casación, del cual no hizo uso y, por tanto, con tal omisión permitió que cobrará ejecutoria la sentencia en los términos en que fue proferida. Por manera que los argumentos que esgrime en su apelación para oponerse a esa declaratoria de cosa juzgada del derecho pensional acorde con un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral debieron esgrimirse por vía de ese recurso contra la sentencia que dispuso negar la pensión convencional, en ese entendido hoy resultan extemporáneos.

Bajo lo dicho, es claro que el fallador de primer grado en este asunto no cometió los desaciertos que le enrostra la censura y aunque se señala en su apelación de un lado que en las providencias del primer proceso no se tuvo en cuenta los tiempos servidos a la Contraloría General de la Nación y del Departamento de Cundinamarca en obras públicas, y de otro que el actor se encuentra dentro del grupo poblacional de especial protección constitucional dada a su avanzada edad, lo cierto es que ello no puede ser un argumento basilar, para a continuación aceptar que en este asunto no operó el instituto de la cosa juzgada, pues como se vio, el asunto medular de las sentencias primigenias lo constituyó la aplicación del artículo 63 convencional al derecho pensional que pretendió en esa oportunidad, de manera que con independencia de que se hayan tenido o no en cuenta en dichas decisiones periodos laborados a otras entidades estatales, es claro que no se introdujo una situación jurídica nueva respecto a la interpretación de la cláusula convencional, diferente a la esbozada de tiempo atrás por el máximo órgano de la jurisdicción laboral, lo que impide cualquier pronunciamiento por esta Sala al respecto, *"precisamente por los atributos de inmutabilidad e intangibilidad que, en el marco de la seguridad jurídica, tienen las sentencias judiciales, en razón a los efectos de la cosa juzgada."* (SL3318-2022).

En esas condiciones, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

5. Pensión convencional, artículos 58 y 59 - primera premisa-. Otro punto que hay que entrar a zanjar previamente a resolver el segundo problema jurídico planteado por la Sala tiene que ver con la aplicación de la convención colectiva de trabajo, en su artículo 58, el cual prevé que la Empresa demandada pensionará al trabajador sin tener en cuenta la edad, con el 95% del promedio salarial devengado durante el último año de servicio a sus trabajadores que hayan laborado para ella durante 20 años o más continuos o discontinuos; y en el artículo 59, primera premisa, que refiere que *"La empresa pensionará sin tener en cuenta la edad del trabajador y con el noventa por ciento (90%) del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, a quienes hubieren laborado veinte (20) años con entidades estatales, siempre y cuando hubieren laborado diez (10) de ellos con la Empresa"*. Presupuestos extralegales que quedaron supeditados a que el trabajador haya estado vinculado a la Empresa de Licores de Cundinamarca al 31 de marzo de 1985, conforme se observa del artículo 63 convencional a continuación:

"Artículo 63°.: Cláusula Especial: *A los beneficios sobre pensiones de que tratan los artículos precedentes, sólo tendrán derecho los trabajadores que habiendo cumplido los requisitos convencionales hubieren estado al servicio de la entidad, al 31 de marzo de 1985. En consecuencia, a los trabajadores que se vinculen o se hubieren vinculado a la Empresa mediante Contrato de Trabajo a partir del 1° de abril de 1985, se les aplicará para efectos pensionales, lo establecido en la ley en cuanto a tiempo de servicio, edad, porcentaje sobre el salario del último año, etc.*

De manera preliminar, valga precisar que, ciertamente, la decisión judicial a que se hizo alusión precedentemente, ningún pronunciamiento efectuó respecto al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional de que tratan los artículos 58 y 59, primera premisa, de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que, al no existir resolución alguna sobre este pedimento, no es viable afirmar que fue cobijado por los elementos estructurantes de la cosa juzgada.

Precisado lo anterior, como se trajo a colación, para acceder a la pensión de jubilación regulada por la disposición extralegal señalada, se requiere que el trabajador haya estado al servicio de la entidad al 31 de marzo de 1985, sin embargo, el actor labora para la empresa demandada en forma ininterrumpida desde el 17 de octubre de 1990, de ahí que sea fácil concluir que el promotor del litigio no acredita los presupuestos convencionales para acceder al derecho pensional que pretende, pues se requería no solo acreditar el tiempo de servicios exigido por la norma extralegal, sino, además, era fundamental por parte del mismo haber probado que prestó estos servicios a la encartada antes del 31 de marzo de 1985, para resultar acreedor del beneficio pensional deprecado. Luego al no haber acreditado el cumplimiento de los requisitos extralegales para esos efectos, mal podría adentrarse la Sala a analizar si esas condiciones pensionales por fuerza del Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron o no vigencia.

Las anteriores consideraciones son suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, en lo que hace a que absolvió a las demandadas del reconocimiento pensional a voces de la convención colectiva de trabajo 1997-1999, en sus artículos 58 y 59 - primera premisa.

6. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

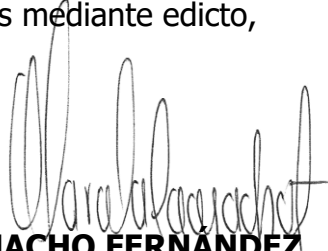
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

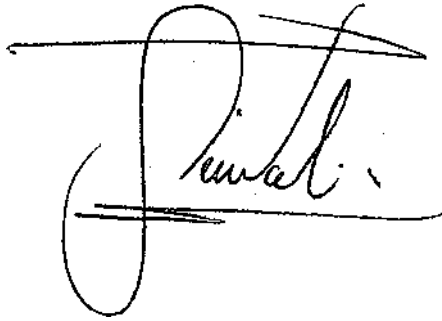
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto del 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FLOR ÁNGELA MOLINA
Demandado: UGPP
Radicación: 11001-31050-39-2019-00198-02
Tema: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Flor Ángela Molina, instauró demanda ordinaria contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, con el propósito de que declare que mantuvo relación laboral mediante contrato de trabajo a término indefinido con la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 17 de junio de 1974 hasta el 15 de noviembre de 1991, relación laboral que finalizó de manera libre y voluntaria a través de una conciliación. Como consecuencia de lo anterior, se disponga a su favor el reconocimiento y pago de la pensión sanción, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, desde el 10 de diciembre de 2012, fecha en la que cumplió 60 años, junto con las mesadas de junio y diciembre de cada año; que se liquide la pensión utilizando el último salario promedio mensual de \$187.060, el cual debe indexarse desde la desvinculación (15 de noviembre de 1991) hasta el cumplimiento de los 60 años de edad (10 de diciembre de 2012); el retroactivo de mesadas pensionales indexadas; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 17 de junio de 1974 hasta el 15 de noviembre de 1991, fecha en la cual resolvieron libre y voluntariamente dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento a través de la suscripción de un acta de conciliación; que prestó sus servicios como Archivera Mensajera, Grado 01, en la Oficina de Trinidad – Casanare, siendo su último salario la suma de \$187.060; que cumplió los 60 años de edad el 08 de marzo de 2012, y que efectuó la reclamación administrativa ante la UGPP el 20 de noviembre de 2018. (fols. 2

a 29 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 52 a 53 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. La UGPP contestó la demanda aceptando que la demandante laboró al servicio de la Caja Agraria desde el 17 de junio de 1974 al 15 de noviembre de 1991; sin embargo, se opuso al reconocimiento pensional en la medida

en que la norma aplicable es el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, y en ese orden, al verificar el expediente administrativo se concluye que la accionante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social y además su retiro obedeció a una terminación por mutuo consentimiento, como se desprende del acta de conciliación celebrada el 5 de noviembre de 1991, además laboró por espacio de 17 años y 5 meses, lo que supera los tiempos establecidos en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito rotuló las de improcedencia del derecho alegado por derogatoria normativa, improcedencia de la aplicación del IBL establecido en la Ley 171 de 1961, principio de buena fe, y la innominada o genérica. (fols 55 a 66 archivo No 01)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de agosto del 2022, en la que la cognoscente de instancia declaró que la demandante es beneficiaria de la pensión de jubilación por retiro voluntario de que trata la Ley 171 de 1961, Decreto 1848 de 1969 y artículo 260 del CST; condenó a la UGPP a pagar a la demandante de forma vitalicia las mesadas correspondientes a partir del 20 de noviembre de 2015 por la prescripción parcial, en cuantía inicial de \$814.662, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, y los reajustes anuales, generando un retroactivo hasta el 30 de julio de 2022 de \$91.965.298,31; declaró probada la excepción de prescripción de manera parcial y no probada las demás, y gravó en costas a la UGPP.

Como sustento de su decisión indicó que estaba demostrada la existencia de la relación laboral de la actora con la entidad Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 17 de junio de 1974 hasta el 15 de noviembre de 1991. En esa medida y luego de hacer alusión a lo dispuesto en la Ley 171 de 1961, sostuvo que el contrato de trabajo perduró por 17 años y 4 meses, mismo que terminó voluntariamente a través de la suscripción de una conciliación, por manera se hallaban reunidos los requisitos legales consagrados en el artículo 8° de la citada Ley, en concordancia con el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, para acceder a la pensión restringida de jubilación.

Agregó que el conflicto no se dirimía en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por no encontrarse vigente a la terminación del contrato de trabajo.

Así las cosas, refirió que el monto de la pensión correspondería a \$752.542, además, con 14 mesadas pensionales en tanto que no le resulta aplicable el aducido Acto Legislativo. Por último, en lo que hace a la excepción de prescripción añadió que la exigibilidad de la prestación fue a partir del 11 de diciembre del 2012, y la actora elevó la reclamación el 20 de noviembre de 2018 y la demanda se presentó en el año 2019, por lo que, prospera parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 20 de noviembre de 2015. Ordenó el pago del retroactivo desde esa última data hasta el mes de julio de 2022, por valor de \$ 91.965.298, 31, junto con la indexación y autorizó a la UGPP a realizar los descuentos en salud. (Fol. 1 a 6 archivo No 0 y audiencia virtual archivo No 01).

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales:

5.1 Demandante: Solicita que se revoque parcialmente la decisión de instancia en lo que refiere a la liquidación de la primera mesada pensional, ya que mediante certificación laboral que se adjuntó con el escrito de demanda y fue soportada por el Ministerio de Agricultura, se certificó la suma de \$187.060 como salario promedio, valor que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión reconocida, con la debida indexación de la primera mesada, utilizando la fórmula que ha dispuesto la

jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, además aplicando la tasa de reemplazo que genera los 6269 días laborados, arrojando una mesada de \$1.216.486, es decir, superior a la liquidada por la a quo, por lo que debe revocarse o modificarse la decisión de primer grado en este aspecto.

5.2 UGPP: Manifiesta que esta en contra de todas y cada una de las condenas, en la medida en que en la sentencia SU555-2014 la Corte Constitucional precisa que la edad es un criterio de causación y no meramente de exigibilidad, además que al caso concreto le es aplicable la ley 100 de 1993, norma que exige la separación sin justa causa y en el caso concreto no fue sin justa causa sino a través de un acuerdo voluntario; que se debe revocar la condena en costas, ya que la demandada es una entidad de derecho público que no puede ser condenada en costas, conforme lo dispone el Consejo de Estado, asimismo, que está no opera de manera automática, sino que debe revisarse si la conducta es dilatoria o de mala fe, lo que no acontece, dado que las actuaciones de la UGPP ha sido conforme a derecho.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal la UGPP presenta alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de instancia, dado que a la actora le es aplicable la ley 100 de 1993 y no cumple los requisitos de tal normatividad para causar la prestación reclamada. Asimismo, que no se debe condenar en costas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta a favor de la UGPP en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. Consiste en establecer: ¿La demandante Flor Ángela Molina, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión proporcional de jubilación en su modalidad de sanción?

3. Contrato de trabajo. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a que la actora estuvo vinculado a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo a término indefinido, ocupando como último cargo el de Archivera Mensajera, Grado 01, que tuvo vigencia entre el 17 de junio de 1974 al 15 de noviembre de 1991 (Fol. 11 a 12 expediente administrativo), es decir, por espacio de 17 años y 4 meses y 28 días; tampoco que arribó a la edad de 60 años el 10 de diciembre del 2012, dado que nació el mismo día y mes de 1952 (Fol. 13 expediente administrativo), ni que el citado vínculo finiquitó mediante la suscripción de un acta de conciliación de fecha 5 de noviembre de 1991, en la que de manera libre y voluntaria dan por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991 (Fols. 14 a 18 expediente administrativo).

4. Pensión Restringida de Jubilación en su modalidad de Sanción. Como se dejó sentado las pretensiones de la actora se orientan a obtener el reconocimiento de la Pensión Restringida de Jubilación en su modalidad de retiro voluntario, en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, disposición que establece:

"Artículo 8o. *El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación".

De la normatividad referida, se infiere que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, estableció pensiones restringidas de jubilación derivadas de tres situaciones distintas, las cuales, como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4578-2014 del 9 de abril de 2014, corresponden a las siguientes:

- (i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, evento ante el cual debe pensionarlo cuando cumpla 60 años,
- (ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe pensionarlo cuando cumpla 50 años,
- (iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años.

Al margen de lo anterior, y en lo que estrictamente se refiere al cuestionamiento jurídico, esta Sala resolverá acerca de la tercera de las tres hipótesis, pues como se advirtió, es sobre la cual las partes ponen en litigio su procedencia, por lo tanto, es necesario indicar que dicha prestación se encuentra establecida para los trabajadores del sector oficial, como lo es aquí la demandante, de conformidad con el artículo 8 de la ley 171 de 1961, según la cual, se aplican para aquellos trabajadores que se retiraron voluntariamente y contarán con 15 años de servicio, los cuales pueden exigir tal derecho al cumplimiento de los 60 años.

Precisando que con la expedición de la Ley 100 de 1993, no se derogó tal institución, sino que se mantiene para aquellos que se encuentran en el régimen de transición en el sector oficial, modificándose en el sentido de establecer un requisito adicional, esto es, no haber sido afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador. En este sentido en sentencia SL3508 de 2019, se señaló: "*era indiscutible que la situación de la actora estaba gobernada por las previsiones del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la pensión restringida de jubilación, en su modalidad de sanción, se estructuró con*

posterioridad al 1º de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la normatividad anteriormente mencionada, puesto que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, conservó su vigencia hasta el momento de la entrada en vigor la citada Ley 100, pues así lo ha adocinado esta Sala entre otras en la sentencia SL17704-2015, en la que asentó: Pues bien, de tiempo atrás la Sala sentó su posición frente al tema, al definir que la pensión restringida establecida en el art. 8 de la L. 171/1961 frente a los trabajadores oficiales, conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la L. 100/1993. Así, se ha pronunciado entre otras, en la sentencia CSJ SL, 5 feb. 2009, rad. 35251 (...)"

Bajo ese contexto y aplicado lo anterior al presente asunto, se tiene que, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que el trabajador prestó sus servicios a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, mediante contrato de trabajo a término indefinido, ocupando como último cargo el de Archivera Mensajera, Grado 01, que tuvo vigencia entre el 17 de junio de 1974 al 15 de noviembre de 1991 (Fol. 11 a 12 expediente administrativo), es decir, por espacio de 17 años y 4 meses y 28 días. Así las cosas, es claro que se encuentra acreditado que la demandante cumplió con uno de los requisitos, esto es, laborar más de 15 años.

Ahora, respecto de la forma de terminación del contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta que finiquitó mediante la suscripción de un acta de conciliación de fecha 5 de noviembre de 1991, en la que de manera libre y voluntaria dan por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991 (Fols. 14 a 18 expediente administrativo), con lo cual se encuentra probado el cumplimiento del segundo requisito.

Así las cosas, no se equivocó la Juzgadora de primer grado al estimar la causación del derecho pensional a favor de la trabajadora en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a lo que se suma que para la fecha en que se produjo el finiquito laboral era la norma vigente (noviembre 15 de 1991), toda vez que bien es sabido que el art. 37 de la Ley 50 de 1990 no derogó ni modificó la pensión restringida establecida en la citada disposición normativa para los trabajadores oficiales, pues sólo modificó el C.S.T., menos aún había sido derogada tácitamente por el art. 133 de la ley 100 de 1993 que sólo entró a regir el 1 de abril de 1994.

Ahora bien, expresó la UGPP, que no era aplicable a la actora la preceptiva contenida en el artículo 8 de la citada ley 171 de 1961, toda vez que antes de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, no acreditó los requisitos de edad, tiempo de servicio y el despido, es decir, entendió que la edad es una exigencia de causación del derecho a la pensión restringida de jubilación y como quiera que la actora cumpliría los 60 años en vigencia de la ley de seguridad social se debía aplicar lo dispuesto en su artículo 133; discusión que se encuentra superada por la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, cuando en reiterados pronunciamientos ha puntualizado que los elementos estructurantes de la pensión restringida de jubilación o también denominada pensión sanción consagrada en la Ley 171 de 1961 y Decreto 1848 de 1969, son dos: de una parte, el tiempo de servicios, y de otra, el despido injusto del empleador o el retiro por voluntad propia del trabajador, constituyendo el cumplimiento de la edad sólo una condición para la exigibilidad del pago (SL4374-2020 y SL5268-2021).

En ese orden, el derecho a la pensión restringida de jubilación surgió a la vida jurídica desde el momento mismo de finalización del contrato de trabajo (15 de noviembre de 1991), esto es, cuando acreditó 17 años, 4 meses y 28 días de servicios y cuando optó por terminar su vínculo laboral de manera voluntaria y consensuada con su empleador, sin que pueda admitirse que como cumplió la edad en vigencia de la Ley 100 de 1993 su caso queda regulado por el art. 133 de éste compendio normativo, toda vez que no

siendo aquella (la edad) un elemento de causación del derecho, el mismo se consolidó antes de su vigencia, tratándose entonces de un derecho adquirido y no de una mera expectativa y, por tanto, no puede afectar o definir su situación pensional, y es que de aceptar esta tesis se vulneraría el art. 16 del C.S.T., en cuanto dispone que las normas del trabajo producen efecto general inmediato y no tienen efecto retroactivo, esto es, no pueden afectar situaciones definidas o consumadas conforme a Leyes anteriores. De contera, el recurso de alzada propuesto por la UGPP en relación con la sentencia SU555-2014 no puede salir adelante, dado que en aquella providencia se estudia los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005, lo que no corresponde con el tema aquí desarrollado.

Por las anteriores consideraciones, se concluye de manera diáfana que la A quo no se equivocó al considerar que no existe razón alguna para que se prive a la actora del disfrute de la pensión pretendida a partir del cumplimiento de los 60 años, esto es, 10 de diciembre del 2012, por manera que de lo anotado y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión primigenia.

4.1. Factores salariales. Respecto de los factores salariales para tener en cuenta a la hora de liquidar este tipo de pensiones, dado que es un punto de inconformidad por la parte actora, acota la Sala que no se equivocó la a quo al respecto, pues la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias la SL5182-2020, en un caso de similares contornos al aquí debatido, señaló que:

"En esa perspectiva, el Tribunal incurrió en un desatino al incluir en el cálculo del valor de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario todos los conceptos que percibió el trabajador en el último año de servicios, pese a que el ingreso base de liquidación, como se precisó, debe integrarse con los factores salariales previstos en el artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1.º de la Ley 62 de ese mismo año.

(...)

Así las cosas, de los valores referidos deben tomarse para calcular el IBL los siguientes: (i) el salario básico en cuantía de \$95.479 y, (ii) el valor de la prima de antigüedad de \$25.780; cifras que al sumarse arrojan un resultado de \$121.259".

Descendiendo al sub examine, al igual que en el caso analizado por la Corte, la actora pretende que se tengan en cuenta todos los conceptos devengados y que fueron certificados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (Fols. 33 a 34 cuaderno No 01); sin embargo, conforme a lo previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo es procedente tener en cuenta el sueldo básico por valor de \$90.075 y la prima de antigüedad de \$25.221, lo que arroja un valor de **\$115.296**.

4.2. Cuantía de la pensión. Ahora bien, el salario establecido deberá ser indexado desde el momento en que la demandante dejó de trabajar y el cumplimiento de los 60 años conforme lo dispuso la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ del 20 de abr. de 2007, rad. 29470, y las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, para el cual deberá tomarse el IPC de la última anualidad, así:

$$VA = VH * \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$
$$VA = \$115.296 * \frac{78,05(IPC \text{ dic } 11)}{7,65(IPC \text{ dic } 90)}$$

$$VA = \$1.176.320,62$$

Respecto al porcentaje de la prestación, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL5268-2021) que: *"de conformidad con lo previsto en el citado inc. 3 del art. 8 de la L. 171/61, en armonía con el art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo, el monto de la pensión restringida por retiro voluntario es proporcional al tiempo de servicios prestado por el trabajador frente al que le habría correspondido al reunir los requisitos para el disfrute de la pensión plena, es decir, el 75% por 20 años laborados"*.

En esa medida, como fue demostrado que la actora prestó sus servicios a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 17 de junio de 1974 al 15 de noviembre de 1991 (Fol. 11 a 12 expediente administrativo), es decir, por espacio de 17 años y 4 meses y 28 días, o lo que corresponde a 17.41 años, al aplicar la normativa citada, la tasa de reemplazo proporcional que corresponde a la prestación, luego de realizar una regla de tres, equivale al 65.28% del ingreso base de liquidación, el que actualizado, como se dijo, arrojó la suma de \$1.176.320,62, y al que al aplicar dicha tasa se materializa en \$767.902, cifra que se ordenará reconocer a cargo de la demandada, pues el punto de disenso de la parte actora estuvo encaminado al valor de la primera mesada pensional.

5. Prescripción. Son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, pues sin duda el demandante se ubica en los citados supuestos, ya que, aunque la exigibilidad de la prestación económica se dio al

momento en que el demandante arribó a la edad de 60 años, esto es, el 10 de diciembre del 2012, tal como se señaló, al ser la pensión restringida de jubilación una prestación económica con causación periódica, debe entenderse que el término de prescripción se encuentra interrumpido con cada reclamación que se realice respecto de las mesadas pensionales causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, como se indicó en la citada sentencia.

Ante este panorama, teniendo en cuenta que el derecho a la pensión convencional se hizo exigible el 10 de diciembre del 2012, y que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, operó este fenómeno para este caso en particular con respecto a las mesadas causadas con anterioridad al 20 de noviembre de 2015, como acertadamente lo consideró la a quo. Lo anterior, si en cuenta se tiene que la actora elevó reclamación ante la demandada hasta el 20 de noviembre de 2018 (Fols. 42 archivo No 01) y la demanda se presentó el 15 de marzo de 2019 (Fol. 46 archivo No 01), debiéndose en consecuencia confirmar la decisión de instancia al respecto.

6. Retroactivo pensional. Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$97.732.971**, correspondiente a las mesadas causadas entre 20 de noviembre de 2015 y el 31 de octubre de 2022, y a partir del 1º de noviembre de 2022 la UGPP deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a \$1.122.910,96, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, por haberse causado la prestación con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	IPC	Valor real	# mesadas	Total retroactivo
2012	2,44%	\$ 767.902,00		\$ 0
2013	1,94%	\$ 786.638,81		\$ 0
2014	3,66%	\$ 801.899,60		\$ 0
2015	6,77%	\$ 831.249,13	3	\$ 2.493.747
2016	5,75%	\$ 887.524,69	14	\$ 12.425.346
2017	4,09%	\$ 938.557,36	14	\$ 13.139.803
2018	3,18%	\$ 976.944,36	14	\$ 13.677.221
2019	3,80%	\$ 1.008.011,19	14	\$ 14.112.157
2020	1,61%	\$ 1.046.315,61	14	\$ 14.648.419
2021	5,62%	\$ 1.063.161,30	14	\$ 14.884.258
2022		\$ 1.122.910,96	11	\$ 12.352.021
			TOTAL	\$ 97.732.971

Se precisa que en lo que respecta a la mesada del mes de noviembre de 2015, se reconoció de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas (Artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y sentencia SL1011-2021).

Se autoriza igualmente a la UGPP para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

8. Indexación. Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá la entidad demandada cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexada a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos, y tal como lo ordenó acertadamente la juez de primer grado.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartiéndose confirmación de la sentencia en lo demás.

10. Costas. Sin costas en esta instancia, dado que ambas partes fueron recurrentes, sin que prosperan los recursos de alzada en los términos que fueron propuestos. Las de primera instancia se confirman, pues la UGPP resultó ser la parte vencida en el proceso y ejerció férrea oposición a las pretensiones, por lo que las mismas son procedentes de conformidad con el artículo 365 del CGP, y por ende, el recurso de alzada en este aspecto no prospera.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

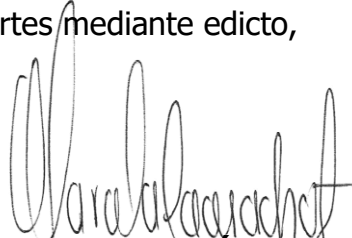
"SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a pagar a la señora FLOR ÁNGELA MOLINA, la suma de **\$97.732.971**, como retroactivo pensional causado desde el 20 de noviembre de 2015 hasta el 31 de octubre de 2022. A partir del 1º de noviembre de 2022, la UGPP, deberá seguir reconociendo una mesada pensional de \$1.122.910,96, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre. Autorizando a la UGPP a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud.

Parágrafo: La UGPP deberá reconocer la indexación de cada una de las mesadas que componen el retroactivo atrás ordenado, y las que se sigan causando, indexación que correrá desde la causación de cada mesada hasta la fecha del pago efectivo de la obligación”.

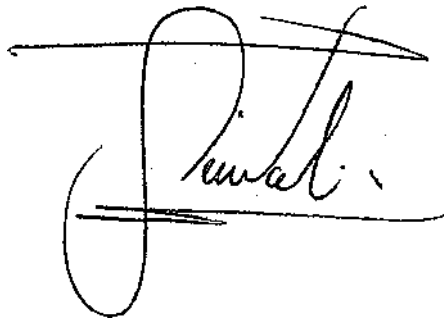
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAFAEL ERNESTO GUAVITA MORA
Demandada: JAIME GONZÁLEZ JIMÉNEZ Y OTROS
Radicado No.: 110013105-035-2018-00497-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rafael Ernesto Guavita Mora, instauró demanda ordinaria contra Jaime González Jiménez, Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González Melo, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, con fecha de iniciación el 05 de abril de 2006 y finalización el 16 de enero 2016. En consecuencia, se condene a la encartada al pago de cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes con destino al sistema de seguridad social, la diferencia de los aportes al sistema de seguridad social con el salario real devengado, el salario del mes de enero de 2016, la indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales y salario, la indexación, lo ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes existió un contrato verbal a término indefinido desde el 5 de abril de 2006 hasta el 16 de enero de 2016, el cual terminó sin justa causa debido a los continuos retardos en el pago de los salarios y aportes a seguridad social por parte del empleador; que Jaime González Jiménez, Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González Melo, constituyen un núcleo familiar (padre, esposa e hijo), quienes son propietarios de los vehículos de placas SKZ-141, TFK-492, TFK-493, WSJ-881, THK-209, y SFW-399; que fue contratado para desempeñar el cargo de conductor de los vehículos de carga antes referidos; que prestaba sus servicios personalmente sin delegación de funciones; que cumplía un horario de más de ocho horas, conforme a la asignación del vehículo por parte de los demandados; que recibía como remuneración la suma de \$2.068.500 mensuales, más un comisión del 11% sobre el valor de los fletes; que la persona encargada de realizar los pagos era el señor Jaime González Jiménez; que no le cancelaron las cesantías e intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones; que no fue afiliado al sistema general de seguridad social integral durante varios periodos, y en los que lo hicieron, se efectuó bajo un salario que no correspondía con la realidad; que no le cancelaron las horas extras, dominicales ni festivos, y que no le cancelaron el salario de enero de 2016. (Pág. 2 a 12 archivo No 01).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, Jaime González Jiménez, Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González Melo, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento de que nunca ha existido un contrato de trabajo

con el demandante, ya que las pocas veces que llegó a manejar un vehículo de propiedad de los demandados, lo hizo de manera autónoma, sin ningún tipo de subordinación, además que era él quien buscaba la carga para transportar y acordaba con los demandados un arriendo para utilizar los automotores; que la utilización de los vehículos no era permanente, solo se hacía unos cuantos días al mes; que nunca se pagó una contraprestación por los servicios, ya que era el demandante quien se llevaba la carta de propiedad de los vehículos y era él quien gestionaba las cargas, recibía el adelanto de los fletes, los administraba y tomaba las ganancias, y de allí sacaba el canon de arrendamiento mensual de los automotores; que los demandados no tienen constituida una sociedad, ni legal ni de hecho, cada uno tenía sus vehículos y realizaba sus negocios de manera individual, por lo que no se puede predicar la existencia de una sola relación laboral, además cada uno responde por sus obligaciones por separado. Como excepciones de mérito rotulo las de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad entre los demandados, buena fe, prescripción, y la genérica.

(Fols. 216 a 243 archivo No 01).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de abril del 2022, en la que el fallador absolvió de las pretensiones de la demanda a los señores Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González Melo; declaró la existencia de las siguientes relaciones laborales entre el señor Rafael Ernesto Guavita Mora y Jaime González Jiménez: - Un contrato de trabajo comprendido entre el 01 de septiembre de 2007 al 31 de diciembre de 2007- Un contrato de trabajo comprendido entre el 01 de junio de 2009 al 31 de diciembre de 2009- Un contrato de trabajo comprendido entre el 01 de junio de 2012 al 31 de diciembre de 2014- Un contrato de trabajo comprendido entre el 01 de febrero de 2015 al 31 de enero de 2016; condenó al demandado Jaime González Jiménez al reconocimiento y pago de \$698.570 por prima de servicios, \$698.570 por cesantías, \$73.939 por intereses a las cesantías, y \$313.073 por vacaciones; ordenó la indexación de las vacaciones; condenó a \$367.709 por concepto de salario de 16 días del mes de enero de 2016; condenó al pago de la indemnización moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, desde la terminación del contrato hasta cuando se realice el pago correspondiente de salarios y prestaciones; declaró probada la excepción de prescripción respecto de las obligaciones originadas en los contratos de trabajo vigentes entre el 01 de septiembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2014, y gravó en costas al demandado. (Fol. 1 a 3 archivo No 13 y archivo No 12 audiencia).

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse a verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume que toda relación de forma personal está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, en el caso concreto lo primero que descartó fue la existencia de la relación laboral con Blanca Mary Melo Castro y Yimmy Germán González Melo, al no encontrarse probado que ellos ostentaran la calidad de empleadores, ni que hayan ejercido subordinación, a pesar de que eran dueños de algunos de los vehículos conducidos por el demandante.

Frente al demandado Jaime González Jiménez, se logró configurar la existencia de la relación laboral, al ser este quien efectuó los aportes a la seguridad social del actor, además era el encargado de determinar las empresas con las cuales se hacían los viajes o trabajo de transporte de carga, e igualmente era quien pagaba la labor encomendada

al accionante; que el señor Jaime González Jiménez no desvirtuó la subordinación, ya que lo demostrado es que el demandante ejerció como conductor de varios vehículos de propiedad del señor Jaime González Jiménez, sin tener autonomía o independencia en el ejercicio de su labor.

Ahora, esgrimió que no es procedente declarar una sola relación laboral como se pide en la demanda, ya que no existe prueba que permita inferir tal situación, debiéndose declarar varias relaciones laborales conforme los periodos en que hubo prestación personal del servicio, como a continuación se detalla:

1. Un contrato de trabajo comprendido del 01 de septiembre de 2007 al 31 de diciembre de 2007.
2. Un contrato del 01 julio de 2009 al 31 de diciembre de 2009.
3. Un contrato de trabajo del 01 julio de 2012 al 31 diciembre de 2014.
4. Un contrato de trabajo del 01 febrero de 2015 al 16 enero de 2016.

Se adentró al estudio de la prescripción previo a emitir condena por acreencias laborales, precisando que, al no existir reclamación anterior a la presentación de la demanda, debe tenerse en cuenta tres años hacia atrás desde la radicación de la demanda, que lo fue el 17 de agosto de 2018, por lo que, solo los derechos de la última relación laboral anunciada no se encuentran prescritos.

Frente al salario devengado adujo que no se encuentra probado el salario que manifiesta la parte actora, y lo único que se halló fueron los aportes a la seguridad social efectuados sobre un salario mínimo, por lo que se tomó esa base para el cálculo de las acreencias debidas, ordenando pagar al demandado los siguientes conceptos: \$698.570 por prima de servicios, \$698.570 por cesantías, \$73.939 por intereses a las cesantías, y \$313.073 por vacaciones.

En cuanto a los aportes a la seguridad social, consideró que frente al periodo del 01 de febrero de 2015 al 16 de enero de 2016 no existe pretensión, y frente al reajuste de los aportes, ante la ausencia demostrativa del salario superior al mínimo, se debe absolver.

En lo referente al salario del mes de enero de 2016, ante la ausencia de su pago por parte del empleador, ordenó su pago en la suma de \$367.709.

En lo que respecta a la terminación del contrato, adujo que no hay prueba que acredite que el demandado fue quien determinara la terminación del vínculo, absolviendo de tal pretensión.

Condenó a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, ante el desconocimiento de los derechos laborales del accionante, además que se edificó la defensa en la existencia de un contrato de arrendamiento, el cual ni siquiera se aportó al proceso.

Finalmente, ordenó la indexación del concepto de vacaciones, al no constituir salario ni prestación social y, por ende, no se encuentra comprendida en la indemnización del artículo 65 del CST. (Archivo No 12 audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación las siguientes partes procesales:

4.1 Demandante: Manifiesta que no está de acuerdo en las fechas de los extremos laborales, es decir, fecha de inicio y fecha de terminación de la relación laboral, ya que no se evaluaron de manera correcta los documentos aportados como pruebas; que no está de acuerdo en que se absuelva de toda responsabilidad a la señora Blanca Mery Melo Castro y Yimmy Germán González Melo, pues ellos debieron ser condenados de forma solidaria, ya que, como se demostró en el proceso, tienen responsabilidad, además tenían al señor Jaime González García como administrador, con plena autorización y responsabilidad, quienes conformaban la familia González Melo; que no está de acuerdo con el tema de absolver de la pretensión del pago de la seguridad social, ya que no tiene ningún tipo de prescripción y es un derecho que le atañe al trabajador, una vez reconocida la relación laboral; que el otro tema es sobre el pago de todas las prestaciones sociales, ya que no le parece justo en la sentencia, y en cuanto a los valores allí estipulados.

4.2 Jaime González Jiménez: Manifiesto que, la decisión debe ser revocada en su totalidad y en su lugar se absuelva al demandado; que se desconoció lo previsto en el artículo 164 del CGP, en la medida en que toda decisión debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, ya que no se tuvo en cuenta todas y cada una de las confesiones que realizó el demandante; que no existe un servicio personal por cuanto el señor Guavita, dejaba a su sobrino y a su hermano para que manejara el vehículo de tal forma que tenía plena autonomía sobre el mismo y no realizó la labor personal, incumpléndose el primer requisito del artículo 1 de la Ley 50 de 1990; que la sentencia guardó total silencio en cuanto a la subordinación, ya que el hecho de que el señor Guavita pudiera y tuviera la facultad de utilizar el vehículo y dejárselo a sus parientes demuestra que no estaba subordinado; que no está demostrado el salario ya que en la demanda se habló de que el demandante percibía un porcentaje del 11%, y en los alegatos de conclusión la parte demandante reiteró que el demandante percibía una utilidad; que desde la contestación de la demanda, se habló de una sociedad entre las partes, en la que debe tenerse en cuenta las confesiones que hace el demandante cuando manifiesta que hacían cuentas con el señor Jaime González; que las cuentas son de una sociedad, en consecuencia, lo que existió en la realidad, fue una sociedad y no un contrato de trabajo.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Jaime González Jiménez. Solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva al demandado de la existencia de la relación laboral, ya que no se cumplen los elementos del contrato de trabajo.

5.2 Blanca Melo Castro y Jimmy Germán González. Soliciten que se confirme la decisión de instancia que declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo con los demandados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por las partes se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, precisando desde ya que no se tendrá en cuenta el escrito aportado después de la audiencia por la parte actora como sustento del recurso de apelación, ya que no puede desconocerse que en materia laboral la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia

debe ser en la misma audiencia y de manera oral, y para ello, baste tener en cuenta la dicho por la Corte Constitucional en sentencia C493-16, en los siguientes términos:

"Por todo lo dicho, a más de que la norma acusada es proporcional y razonable, cabe resaltar que conforme a los parámetros internacionales -Supra numeral 39- y las cargas procesales mínimas en materia de apelación laboral -Supra numeral 46- no resulta excesivo que el apelante sustente diligentemente las razones de su inconformidad de modo verbal una vez dictado el fallo.

(...)

Por todo lo anterior, y en reiteración de lo dicho en los numerales 24 y 25, la sustentación verbal del recurso de apelación dentro de un proceso que tiene como marco rector la oralidad, no desmejora las garantías judiciales con la exigencia de la sustentación verbal, ni constituye una carga procesal desproporcionada, siempre y cuando el juez como director del proceso, conceda un tiempo prudencial y apropiado para la sustentación y en lo posible reproduzca literalmente las consideraciones que sean fundamento del recurso de apelación, para permitir que el recurso se realice sobre bases sólidas de conocimiento y comprensión del fallo a recurrir, ya sea por las inconformidades jurídicas o fácticas respecto de la ley aplicada o con la valoración probatoria. En consecuencia, la norma acusada será declarada constitucional".

Adicionalmente, no es cierto que con el advenimiento del Decreto 806 de 2020 (vigente en su momento) se permita a las partes sustentar por escrito el recurso de apelación, ya que el mencionado decreto lo que establece es la presentación de los alegatos de conclusión ante el Tribunal, cuyo fin es complementar los puntos objeto de apelación propuesto por el recurrente, pero en manera alguna permite que después de proferido el fallo se haga la sustentación escrita del recurso de apelación como lo entiende el apoderado del actor, y en ese orden, se reitera, no se tendrá en cuenta el escrito (Archivo No 14) presentado por la parte actora.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos (i)** ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? (ii) ¿La parte demandante logra demostrar la existencia de una sola relación laboral desde el 05 de abril de 2006 hasta el 16 de enero de 2016? (iii) ¿Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González Melo son solidariamente responsables de las condenas impuestas?

2. Relación laboral. Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda,

efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con los demandados tuvo lugar en el período comprendido entre el 05 de abril del 2006 al 16 de enero de 2016, ejerciendo la labor de conductor de los vehículos de propiedad de los encartados. Afirmación frente a la cual los demandados aducen en la contestación del libelo incoatorio que el demandante *"es una persona que se dedica al negocio del transporte y para el efecto alquila vehículos a distintas personas, entre ellos, a los demandantes. El actor busca sus propios clientes y se encarga de todo el negocio y los pormenores que implica el servicio de transporte de carga pesada, sin que los propietarios de los vehículos realicen actor con los clientes dueños de las cargas a transportar, los propietarios únicamente reciben un canon de arrendamiento por el uso de las máquinas"* (Fol. 20 archivo No 02).

En ese sentido, como quiera que se plantea que la labor desempeñada fue como conductor de un vehículo que presta el servicio de transporte, debe acudir la Sala a la reglamentación que al respecto se ha consolidado.

El artículo 15 de la Ley 15 de 1959, reza: *"El contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrado con las empresas respectivas, pero para efecto de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables"*.

Igualmente debe decirse que el servicio de transporte terrestre automotor es una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector y, su operación, es un servicio público bajo la regulación del Estado, según lo prevé el artículo 3 de la Ley 105 de 1993 y artículo 6 del Decreto 173 de 2001.

De igual forma, el artículo 36 de la Ley 336 de 1996, prescribe: *"Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo"*.

Ahora, la jurisprudencia laboral no ha sido huérfana sobre la materia, pues al respecto se pueden ver las sentencias con radicación No 15172 del 28 de febrero de 2001, No 31647 del 22 de julio de 2008, No 39259 del 17 de abril de 2013 y la SL21091-2017, radicación No 45486 del 21 de noviembre de 2017, en las que se definió de manera clara y suficiente el entendimiento de la solidaridad prevista en los artículos 15 de la ley 15 de 1959 y 36 de la ley 336 de 2006.

En el ítem que ocupa la atención de la Sala respecto del caso puesto a consideración, la sentencia con radicado No 39259 del 17 de abril de 2013, ilustra claramente que de conformidad con el artículo 15 de la ley 15 de 1959 *"no solo presume que la vinculación*

laboral del conductor se hizo "con la empresa respectiva", sino que también "determina la solidaridad entre ésta y el propietario del vehículo", lo cual por demás está acorde con el texto normativo, que establece una presunción legal iuris tantum que admite prueba en contrario, respecto de las empresas que tienen afiliados a los vehículos de transporte público, y como lo dijo la Colegiatura adicionalmente prevé que dichas empresas junto con los propietarios de los automotores son los responsables "para efectos del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones".

Descendiendo al sub litium, se tiene que la parte demandante pregonó la existencia de una relación laboral con los demandados Jaime González Jiménez, Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González Melo, en la medida en que fue conductor de vehículos de su propiedad; sin embargo, no se vinculó al proceso a las empresas transportadoras donde se encontraban afiliados los vehículos que aduce haber conducido, esto es, los de placas SKZ-141, TFK-492, TFK-493, WSJ-881, THK-209 y SFW-399, lo que conllevaría en línea de principio a proferir sentencia absolutoria bajo el entendido que el artículo 15 de la Ley 15 de 1959 prevé que el contrato de trabajo debió celebrarse con las empresas de transporte donde se afiliaron los vehículos de carga, siendo los propietarios solidariamente responsables, declaratoria ésta última que solo es posible efectuar cuando concurra al proceso el empleador, tal como inveteradamente lo ha pregonado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (Radicado 6494 del 10 de agosto de 1994), en la que, sí se demanda al deudor solidario también debe concurrir el proceso el empleador, a no ser que la obligación del verdadero empleador "existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo", lo que no sucede en el sub lite, ya que reclama el pago de salarios y prestaciones a cargo de los propietarios del vehículo en calidad de empleador.

En este punto, valga la pena precisar que si bien se presume que la vinculación laboral del conductor se hizo con la empresa donde se encuentra afiliado el vehículo, lo que conllevaría a que en línea de principio a concluir que debe demandarse a la empresa de transporte donde esté vinculado el vehículo.

Sin embargo, esta colegiatura no puede pasar por alto que la jurisprudencia también ha determinado que la omisión de demandar a la empresa de transporte no obsta para declarar la existencia del contrato de trabajo con el propietario del vehículo, siempre y cuando se logren demostrar los elementos estructurales del contrato de trabajo, evento en el cual, la empresa de transporte pasaría a responder solidariamente, y así lo aquilató en sentencia SL4856-2021, en los siguientes términos:

*"La indiscutible impronta tuitiva de los derechos de los trabajadores plasmada en la legislación del trabajo, a partir del contenido del artículo 53 constitucional y de la premisa fundante del trabajador como parte débil del contrato de trabajo, **impone entender que cualquiera sea la forma en que se presente la relación triangular que emerge en hipótesis como la que se juzga**, la responsabilidad solidaria de quien no ostentó el carácter de empleador, armoniza mejor con el propósito garantista que inspiró la consagración de esta figura".*

Y más adelante, trayendo a colación la sentencia SL4302-2018, expresó:

*"Al punto en cuestión, debe indicar la Corte que independientemente de que un conductor de esta clase de vehículos suscriba el contrato de trabajo con el empleador o con la empresa operadora de transporte público, lo cierto es que esta última es solidariamente responsable **«para todos los efectos»** con el propietario del automotor por ministerio de la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 de la referida Ley 336 de 1996.*

Dicho en otras palabras, si bien la norma dispone que el contrato de trabajo de los conductores de vehículos destinados al servicio público debe ser suscritos directamente por la empresa operadora de transporte, no desaparece la responsabilidad solidaria de aquélla en el evento de que el mismo se haya celebrado con el propietario del automotor frente al pago de las obligaciones derivadas del vínculo laboral”.

De esta manera, aunque en el presente asunto la demanda no se dirigió contra las empresas transportadoras donde se encontraban vinculados los vehículos respecto de los cuales manifiesta el actor ejerció la actividad de conductor, debe tenerse en cuenta que reclama la existencia de la relación laboral con sus dueños o propietarios, hecho que debe entrar a verificar la Sala, determinando si en efecto se configuran los elementos constitutivos del contrato de trabajo con los demandados. En este punto se precisa que, el a quo declaró la existencia de varios contratos de trabajo con el demandado Jaime González Jiménez, absolviendo a Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González, postura que fue controvertida por el demandante al insistir que también debieron ser condenados, declarándose una sola relación laboral, y por el demandado, quien pregonaba que no se configura la relación laboral.

Bajo ese panorama, lo primero que viene a propósito mencionar es que desde la contestación de la demanda (Fol. 20 archivo No 02) se acepta la **prestación del servicio** del demandante a favor de los demandados, en los siguientes términos:

"CUARTO.- El demandante, señor **RAFAEL ERNESTO GUAVITA MORA**, únicamente manejó carros de propiedad del señor **JAIME GONZÁLEZ JIMÉNEZ**, en el año 2007.

QUINTO.- El demandante, señor **RAFAEL ERNESTO GUAVITA MORA**, únicamente manejó carros de propiedad de la señora **BLANCA MARY MELO CASTRO**, durante los años 2010 y 2011.

SEXTO.- Durante el año 2015, el demandante únicamente manejó un automotor de propiedad del demandado **YIMMY GERMÁN GONZÁLEZ MELO**, aclarando igualmente que lo hacía de manera intermitente, pues en ocasiones dejaba de alquilar el vehículo por periodos que superaban el mes”.

Al respecto, también se tiene la prueba testimonial de Giovanni Uriel Pardo Barbosa, compañero del actor en el medio de transporte y quien lo distinguía como conductor del señor Jaime González desde el año 2006 hasta el año 2015 o 2016; quien respecto a los hechos manifestó *"yo una vez le conocí cuatro mulas que manejó. Una de placa, 492 y la 493, una mula que se llama la poderosa que fue una de placa 181, de color gris, y una roja con la placa 141. Todas con Coltanques”.*

Asimismo, el testigo Pedro Antonio Romero, quien también fue compañero del actor manejando tractomulas, afirmó que el demandante empezó a trabajar para Jaime González en el año 2006, sin recordar la fecha de finalización del contrato.

De igual manera los testigos traídos por la parte demandada Luis Alejandro Gualteros y Guillermo Augusto Ladino, manifestaron que el demandante prestó los servicios como conductor para el señor Jaime González, más o menos en el año 2014 según el primer deponente, y entre 2014 y 2015, según el segundo declarante.

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación

y con derecho a remuneración salarial¹; presunción legal *iuris tantum*, en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde los demandados deberán controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de "*'reus, in excipiendo, fit actor'*", cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe², darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste³, se trata de un razonamiento por inducción⁴ creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia⁵, hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de **suficiente peso y solidez** para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral, por tanto, solo podrá desvirtuarse con medios de prueba que ofrezcan información sobre la realidad de la relación laboral, no solo sobre la forma.

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales y jurisprudenciales, considera la Sala que los demandados no logran derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, pues los testimonios recabados y de cargo de la parte demandada (Luis Alejandro Gualteros y Guillermo Augusto Ladino), nada expresaron en punto a sacar adelante la tesis de la parte demandada, según la cual el demandante se dedicaba a "*alquilar vehículos a distintas personas, entre ellos, a los demandados*", al contrario, el primer deponente dio cuenta que no se trataba de un vínculo comercial o de arrendamiento como lo sostienen los encartados, ya que manifestó ante la pregunta de "*¿él le arrendaba el vehículo o usted simplemente lo conducía o cómo era, qué relación tenía?*" respondió "*Si yo conducía el vehículo y era*

¹ T-694-2010

² Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.

³ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.

⁴ C731-2005

⁵ Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

como, arriendo no, uno hacia el viaje y que reclamaba el anticipo y del anticipo se sacaba el porcentaje”, igualmente, ante la pregunta de ¿sí, cuando el camión presentaba fallas, de pronto se le dañaba el motor, ¿usted era la persona que respondía por ese arreglo, o quién era? Respondió “No. Jaime. (...) los arreglos los resolvía don Jaime”.

Contrario *sensu* de la prueba testimonial traída por el demandante se puede extraer la existencia de relación laboral subordinada del actor en favor de los demandados, ello en la medida en que el testigo Giovanni Uriel Pardo Barbosa como compañero de trabajo y dedicado a la misma actividad de conducción que el actor, manifestó que era don Jaime González quien hacia el pago de la seguridad social, dado que de lo contrario no les “daban carga”, de igual modo, ante la pregunta del procedimiento para el pago, respondió que *“Nosotros pues trabajábamos en Coltanques. Éramos terceros, el patrón nos pedía, pedía la orden en la empresa, nos daba la orden y nos daba el anticipo para realizar el viaje”.*

De otro lado, el testigo Pedro Antonio Romero Gálvez, igualmente compañero del demandante, dijo que los viajes los conseguía el señor Jaime González, y que cuando la tractumula sufría daños, el arreglo lo pagaba Jaime González, que *“Él tenía por allá talleres, a donde lo mandaban a uno para que lo arreglaran”*; manifestó en cuanto a la remuneración que *“nosotros siempre hacíamos los arreglos con don Jaime González. Uno arreglaba el sueldo con él y todas las cosas. Cuando hacía los viajes todo lo arreglaba con Jaime González”*; que 2 o 3 veces estuvo en Corabastos, donde Jaime González tenía una bodega y allí era donde le pagaron el “sueldo” al actor; igualmente señaló que el señor Jaime González *“nos mandaba a los conductores, los enviaba a los talleres, vayan a tal taller que arreglan el carro, montaje, llantas y todo”.*

Las probanzas recaudadas, valoradas en conjunto, no conducen a desvirtuar la existencia de contrato de trabajo entre las partes, que en virtud de la presunción legal debe tenerse por acreditado ante la acreditación plena del hecho indicador (prestación personal del servicio), por el contrario, aportan mayores elementos de juicio para arribar a dicha conclusión, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes en litis, por ende, no queda otro camino que declarar su existencia, advirtiendo que si bien la defensa de la entidad empleadora estuvo encaminada a demostrar que el actor fungió como contratista independiente, considera la Sala que conforme a la Jurisprudencia sobre este tópico, lejos está el actor de ser considerado como tal, no solo por lo dicho en precedencia, sino también porque *“la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación”*, lo que se itera, ni de asomo se configura tal calidad en el actor, muy a pesar de que se intente aducir tal calidad con la simple manifestación de que el actor en una o dos oportunidades que se fue de vacaciones dejó encargado a un familiar, pues ello solo se quedó en el dicho de la defensa sin ninguna prueba demostrativa, y si bien, los testigos dieron cuenta de que se dejaba un relevo, ninguno afirmó que el demandante siquiera tuviera la posibilidad de designar el reemplazo a su voluntad o que en efecto lo hubiera hecho, máxime cuando ningún impedimento existe para que los trabajadores recomienden a alguien para su reemplazo durante las vacaciones o cualquier otra eventualidad, siendo el empleador quien finalmente toma la decisión respecto a su vinculación.

Por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las probanzas recaudadas demuestra que la

actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, administrativa, científica y directiva; desdibujándose además con las probanzas el supuesto contrato de arrendamiento o "sociedad", entre las partes en litis, por cuanto es evidente que el accionante actuó bajo una actividad dependiente o subordinada, prestando sus servicios como conductor de vehículos de los accionados.

Ahora, una vez decantada la existencia de la relación laboral, lo siguiente es desentrañar quien es el verdadero empleador, pues mientras el a quo declaró varios contratos de trabajo teniendo como empleador solo al señor Jaime González Jiménez, el recurrente de la parte activa sostiene que debe declararse una sola relación laboral en los extremos fijados en la demanda, y además que deben ser condenados tanto Blanca Mery Melo Castro, como Yimmy Germán González Melo, pues Jaime González Jiménez fue administrador con plena autorización y responsabilidad por parte de Blanca Mery Melo Castro y Yimmy Germán González Melo, quienes conformaban la familia González Melo.

Para resolver lo anterior, se debe partir por establecer si Jaime González Jiménez actuó como empleador o si fungió como administrador, ya que ello nos llevara a delimitar cual es la relación jurídica de Blanca Mery Melo Castro y Yimmy Germán González Melo con el demandante.

3. Representante del empleador. Al respecto, el artículo 32 del CST, establece que:

"Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del {empleador}."

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3901-2018, tiene dicho que:

"En el anterior orden de ideas, un administrador hace parte del andamiaje social y operativo de la empresa y, al ejercer la subordinación y control propios del empleador sobre sus trabajadores, simplemente lo representa, pero no lo sustituye en los contratos de trabajo, ni genera algún ente social nuevo. (...)

Esta sala de la Corte ha señalado al respecto que quien actúa "...como representante o mandatario de la empleadora... esa condición no la hace responsable de las obligaciones laborales a cargo de aquélla, en la medida en que el representante laboral no asume la condición de empleador, ni tampoco, desde luego, las responsabilidades que competen a quien representa." (CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 30653)".

Al revisar los interrogatorios de parte de Blanca Mery Melo Castro y Yimmy Germán González Melo, se desprende de manera cristalina que Jaime González Jiménez actuó como administrador de los vehículos de propiedad de Blanca Mery Melo Castro y Yimmy Germán González Melo, pues en el caso de Blanca Melo al preguntarle sobre lo

manifestado en la contestación de la demanda, respecto a que el demandante había conducido los vehículos de su propiedad, manifestó que *"yo le di autonomía a mi esposo en el carro"*; igualmente, ante la pregunta *"¿su esposo era el encargado de administrar esos vehículos?"* Dijo que "sí"; también, ante la pregunta *"¿usted autorizaba, como lo ha mencionado, al señor Jaime González para que buscara los conductores, los trabajadores para manejar los camiones de su propiedad?"* Respondió: *"Tenía toda la autonomía de hacer él, lo que quisiera"*.

En relación con Yimmy González Melo, manifestó *"He tenido vehículos de transporte público, pero jamás los administre"*, ya que *"Las administraba mi señor padre, Jaime González Jiménez"*.

Las anteriores afirmaciones son corroboradas por el demandando Jaime González Jiménez, quien al inquirírsele sobre la propiedad de los vehículos SKZ141 y WSJ881, respondió que no eran de su propiedad, sino de su esposa e hijo, lo que dio lugar a la siguiente pregunta *"¿usted era la encargada de administrar los vehículos de su esposa y de su hijo?"* Respondiendo afirmativamente que *"Ella me los entregaba, si señor"*.

De conformidad con lo expuesto, lo primero que debe señalar la Sala es que el a quo se equivocó al declarar que el único empleador fue Jaime González Jiménez, lo que lo llevó a la absolución de los demandados Blanca Mery Melo Castro y Yimmy Germán González Melo, sin tener en consideración la figura del representante del empleador, máxime si se tiene en cuenta que la abundante prueba documental aportada por el demandante (Fols. 56 a 65 y 66 a 194) da cuenta de que aquel ejerció como conductor de los vehículos con placa SKZ141 y TFK493 de propiedad de Yimmy Germán González Melo, es decir, de una u otra manera se corrobora lo manifestado por los demandados en el interrogatorio de parte, esto es, que Jaime González Jiménez administraba los vehículos que eran de propiedad de su hijo, situación que se itera no debía desconocerse por el juez primigenio, pues independientemente de que la subordinación no haya provenido de Blanca Mery Melo Castro y Yimmy Germán González Melo, no conlleva a desligarlos de la relación jurídica o de su calidad de empleador para con el demandante.

En efecto, si bien la contratación y subordinación provino de Jaime González Jiménez, ello fue en representación del propietario del vehículo que conducía el actor, y por ende, devolviéndonos a lo dicho al inicio de esta providencia, el empleador debe ser el propietario del vehículo, que en el caso concreto lo son cada uno de los demandados, ya que al contestar la demanda confesaron que el demandante para el año 2007 manejó carros de propiedad del señor JAIME GONZÁLEZ JIMÉNEZ, para el año 2010 y 2011 carros de propiedad de la señora BLANCA MARY MELO CASTRO, y durante el año 2015, manejó un automotor de propiedad de YIMMY GERMÁN GONZÁLEZ MELO.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado No 28779 del 25 de mayo de 2007, expresó que: *"Un gerente, un administrador, un director o un liquidador, como son algunos de los ejemplos que prevé el artículo 32 citado, no se convierte en empleador de los trabajadores, pues continúa tal carácter en el dador del empleo, aun cuando delegue determinadas funciones, como las de contratar personal, dirigirlo, darle órdenes e instrucciones específicas respecto a la forma de la prestación del servicio o de la disciplina interna del establecimiento o entidad"*.

En ese orden, a pesar de que la prueba testimonial hace referencia a Jaime González Jiménez como empleador, debe tenerse en cuenta que ello se debió a su actuar como administrador y cabeza visible de en la dirección del trabajo, pero quienes deben ser

tenido como empleadores son los dueños de los vehículos dados en administración, sin que sea procedente declarar un solo vínculo laboral como lo sostiene el demandante, pues cada propietario respondería de manera individual, sin que el hecho de que sean familiares o que el administrador haya sido el mismo, conlleve a tenerlos a todos como un solo empleador, ya que, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del CST, *"Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica"*, esto es, que en sub lite, cada persona natural propietaria del vehículo es considerado como empleador de manera individual, y no en conjunto como pretende el actor.

Así las cosas, para efecto de dilucidar lo anterior, se pasará al siguiente ítem.

4. Extremos temporales de la relación. Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual se tendrá en cuenta la contestación de la demanda (Fol. 20 archivo No 02) donde se acepta la prestación del servicio del demandante a favor de los demandados, en los siguientes términos:

En relación con JAIME GONZÁLEZ JIMÉNEZ se manifestó que manejó carros de su propiedad en el año 2007, y a la vez tenemos la prueba testimonial de Giovanni Uriel Pardo Barbosa y Pedro Antonio Romero, quienes manifestaron que aproximadamente inició a laborar en el año 2006; igualmente, se observan aportes a seguridad social realizados por el demandado en los periodos septiembre, noviembre y diciembre de 2013 (Fols. 15, 19 y 20 archivo No 01), lo que conduce a confirmar la decisión del a quo en este aspecto, es decir, la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el demandado Jaime González Jiménez, desde el 01 de septiembre de 2007 al 31 de diciembre de 2007. Se precisa que si bien los testigos dieron cuenta que la relación laboral inició en el año 2006, de ninguna manera se puede declarar su existencia desde ese año, dado que se tiene incertidumbre de sí fue como administrador o como dueño de algún vehículo, y de aceptarse que fue como administrador no se puede establecer si se trataba de un vehículo de propiedad de Blanca Mary Melo Castro o Yimmy Germán González Melo.

Ahora, en lo que respecta a BLANCA MARY MELO CASTRO, se confiesa en la contestación de la demanda que el actor ejerció la labor de conductor en vehículos de su propiedad *"durante los años 2010 y 2011"*, y no obra en el expediente prueba alguna que permita delimitar o aproximar los extremos temporales, siendo ello carga demostrativa del demandante, por ende, siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral vertido en la sentencia SL905-2013, reiterado en la SL1181-2018 y SL3126-2021, que menciona:

"En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado".

Lo anterior conlleva a que en el sub examine, como solo se tiene información del año, se declarará la existencia del contrato de trabajo con la demandada BLANCA MARY MELO CASTRO, desde el 31 de diciembre de 2010 hasta el 01 de enero de 2011, precisando que era carga probatoria de la parte demandante demostrar los extremos temporales con cada empleador o propietario del vehículo, pues de ninguna manera se puede declarar la existencia de la relación laboral desde el 01 de enero de 2010 hasta

el 31 de diciembre de 2011, dado que se tiene incertidumbre de sí en esos años ejerció como conductor no solo de BLANCA MARY MELO CASTRO sino también de los vehículos de los otros demandados. En este aspecto, debe tenerse en cuenta que en la sentencia SL3126-2021 se dijo al respecto que: *"las partes tienen unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretenden. Así, aún con la activación judicial de la referida presunción legal y sin que la misma se desvirtúe, ello no releva que en el proceso se acrediten otros supuestos trascendentales para la prosperidad del reclamo, como los extremos temporales de la relación (...)".*

Frente a YIMMY GERMÁN GONZÁLEZ MELO, se confiesa en la contestación de la demanda que el actor ejerció la labor de conductor en vehículos de su propiedad *"durante el año 2015"*, sin embargo, obra prueba de que ejerció la labor de conductor de los vehículos con placas TFK-493 (Fols. 56ª 58, 60 a 65 archivo No 01) y SKZ-141 (Fols. 66 a 194 archivo No 01), de las cuales el aquí demandado figura como propietario, y en los siguientes lapsos: del 01 julio de 2009 al 31 de diciembre de 2009, del 01 julio de 2012 al 31 diciembre de 2014 y del 01 febrero de 2015 al 16 enero de 2016, tiempos que coinciden con los declarados por el a quo, lo que da lugar a la declaratoria de tres contratos de trabajo entre el demandante y el demandado YIMMY GERMÁN GONZÁLEZ MELO.

5. Respecto a las condenas en concreto. En la medida en que no podía predicarse la existencia de un solo contrato de trabajo, siendo procedente la declaratoria de varios contratos de trabajo con cada uno de los empleadores demandados, desde ya debe precisar la Sala que, pese a que se declararon cinco nexos contractuales, corresponde solo evaluar las condenas que pudiesen causarse por el quinto de aquellos, cuya vigencia correspondió entre el 01 de febrero de 2015 al 16 de enero de 2016, que atañe a la última vinculación laboral continua, según criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3570-2020, SL2345-2018 y SL3215-2018. En esta última decisión se indicó:

"Sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, por lo menos el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes y que aparezca acreditado, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.

Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:

[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes. Es así como, en sentencia de la CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, en un proceso análogo seguido contra el mismo ISS, se puntualizó:

En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada

vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes (Resalta la Sala).

El anterior criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SL14969-2017, rad. 52813; CSJ SL13444-2017, rad. 50565; y CSJ SL087-2018, rad. 51340."

Descendiendo al sub examine, debe tenerse en cuenta que el a quo procedió a imponer condena solo respecto al último contrato cuya vigencia fue del 01 de febrero de 2015 al 16 de enero de 2016, lo que se ajusta al precedente jurisprudencial antes vertido, y como quiera que el recurrente insistió en la alzada la existencia de un solo vínculo laboral con las correspondientes condenas, no habiendo lugar a la prosperidad de tal suplica, se impone a confirmación de la sentencia en lo que refiere a este tópico.

6. Respetto de las demás condenas impuestas. Esgrime el apoderado judicial de la parte activa, que "el otro tema es sobre el pago de todas las prestaciones sociales, ya que no le parece justo en la sentencia, y en cuanto a los valores allí estipulados".

Al respecto basta con señalar, que como ya lo ha decantado la Sala, la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para destruir los fundamentos en los que el Juez de primera instancia basó las respectivas condenas. No obstante, en el sub-examine la parte activa se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad sin fundamentación alguna respecto a las demás condenas impuestas por el A quo, y en este sentir, nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

*"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, **no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada**". (Negrilla y Subrayas ex-texto)*

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a las demás condenas impuestas por el A quo, pues de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas, las cuales son consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre las partes del litigio, pues la simple afirmación escueta de que "no le parece justo en la sentencia", no abre camino para el estudio por vía de apelación de cada una de las condenas impuestas.

7. Aportes al sistema integral de seguridad social a cargo del empleador. En lo relacionado con los aportes para pensión, si bien los mismos son imprescriptibles, su condena está sujeta a la declaratoria de relación laboral, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en la SL13207-2015, que reiteró la SL7885-2015, en los siguientes términos:

"Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad".

Conforme lo anterior, debe tenerse en cuenta que la pretensión está dirigida a obtener el pago de aportes a la seguridad social de algunos periodos correspondientes a los años 2006, 2007, 2009, 2010, 2011 y 2013, es decir, están por fuera del último vínculo respecto del cual era procedente la condena, conforme se expuso en acápite anterior y, por ende, la decisión absolutoria del a quo se mantiene incólume.

Ahora, la siguiente pretensión al respecto hace alusión a la diferencia entre los aportes realizados y el salario realmente devengado; sin embargo, no se demostró un salario superior al salario mínimo legal mensual vigente en relación con el último vínculo de carácter laboral continuo que se declaró, por lo que por esa vía también resulta improcedente la alzada, debiéndose confirmar la decisión absolutoria.

Colofón de lo dicho, queda de esta manera agotado el temario planteado por los apoderados recurrentes, impartiendo modificación a la sentencia de instancia.

8. Costas. Sin costas en esta instancia, dada las resueltas del proceso y en la medida en que ninguna de las apelaciones prosperó de manera total. Las de primera se deben modificar en la medida en que también se declaró la existencia de la relación laboral con los demandados Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González Melo. Tésenase.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el NUMERAL PRIMERO la sentencia proferida el 28 de abril del 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a Blanca Mary Melo Castro y Jimmy Germán González Melo de las suplicas del actor, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de unos contratos de trabajo entre el señor **RAFAEL ERNESTO GUAVITA MORA** y **BLANCA MARY MELO CASTRO Y JIMMY GERMÁN GONZÁLEZ MELO**.

SEGUNDO: MODIFICAR los NUMERALES SEGUNDO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, y OCTAVO, de la sentencia recurrida, el cual quedarán de la siguiente manera:

"SEGUNDO: DECLARAR la existencia de las siguientes relaciones laborales:

1. *Entre Rafael Ernesto Guavita Mora y Jaime González Jiménez, un contrato de trabajo del 01 de septiembre de 2007 al 31 de diciembre 2007.*
2. *Entre Rafael Ernesto Guavita Mora y Blanca Mary Melo Castro, un contrato de trabajo del 31 de diciembre de 2010 al 01 de enero 2011.*
3. *Entre Rafael Ernesto Guavita Mora y Yimmy Germán González Melo, tres contratos de trabajo del 01 julio de 2009 al 31 de diciembre de 2009, del 01 julio de 2012 al 31 diciembre de 2014 y del 01 febrero de 2015 al 16 enero de 2016.*

CUARTO: CONDENAR a Yimmy Germán González Melo al pago de las prestaciones sociales y vacaciones del contrato de trabajo comprendido del 01 de febrero de 2015 a 31 de enero de 2016, por las siguientes sumas de dinero: por prima de servicios \$ 698.570, por cesantía \$ 698.570, por intereses a las cesantías \$ 73.939, por vacaciones \$ 313.072, para un total de \$ 1,784,151. En cuanto a las vacaciones, dicha suma deberá ser indexada al momento del pago, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a los demandados al pago de aportes a seguridad social conforme a la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR a Yimmy Germán González Melo a pagar la suma de \$ 367.09 por salario del señor Guativa Mora correspondiente a los 16 días laborados en el mes de enero de 2016

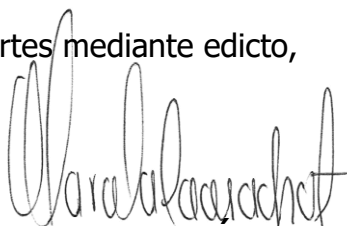
SÉPTIMO: ABSOLVER a Yimmy Germán González Melo del pago de la indemnización por despido sin justa causa al no haberse acreditado la terminación del contrato.

OCTAVO: DECLARAR que el empleador actuó de mala fe por el no pago de la liquidación de prestaciones sociales y en virtud de ello, se condena al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual se **CONDENA** al señor Yimmy Germán González Melo al pago de un día de salario por cada día de retardo, a partir de la terminación del contrato y hasta cuando se realice el pago correspondiente de salarios y prestaciones según lo indicado en la parte motiva de esta sentencia".

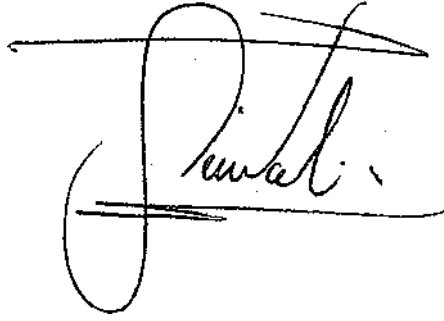
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se deberán modificar. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'E' and 'V' that are interconnected, with the name 'ELCY' written in a cursive script.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

A handwritten signature in blue ink, featuring a large, stylized 'E' and 'R' that are interconnected, with the name 'ÉDGAR' written in a cursive script.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARLON EVERTH VARÓN CORTÉS
Demandadas: BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.
Radicado No.: 21-2018-00435-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– APELACIÓN- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Marlon Everth Varón Cortés instauró demanda ordinaria contra Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de noviembre de 1996 a 24 de noviembre de 2017; la nulidad del despido efectuado por no acatar las normas referentes a procesos disciplinarios y sanciones convencionales y legales; y que la demandada no realizó los aportes al sistema de seguridad social, ni canceló las prestaciones sociales sobre el salario realmente devengado.

En consecuencia, solicitó de manera principal que se disponga a su favor el reintegró a su lugar de trabajo con el consecuente pago de salarios dejados de percibir, tomando como base salarial la bonificación de reemplazo, bonos, incentivo no constitutivo, gratificación y demás valores periódicos cancelados; la reliquidación del auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social teniendo como factores salariales los citados emolumentos; sanción por la no consignación de cesantías, sanción por el no pago de intereses a las mismas e indemnización moratoria.

De manera subsidiaria pidió que se declare que el contrato de trabajo fue finalizado de forma ilegal y sin justa causa, en tanto que no se siguió en el procedimiento disciplinario, la totalidad de lineamientos normativos y convencionales previstos. En consecuencia, pidió el pago de la indemnización por despido sin justa causa consagrada en el artículo 64 del C.S.T. y subsidiariamente la consagrada en la convención colectiva suscrita para el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2017 al 31 de agosto de 2019 e indexación. En todo caso, solicita lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó laboralmente con la demandada mediante contrato a término “fijo” el 27 de noviembre de 1996, para desempeñar el cargo de supernumerario de caja, siendo ascendido el 8 de octubre de 2007 a asesor de ventas. Mencionó que, por su rendimiento laboral, fue acreedor a bonificaciones por resultados en cuantía de \$4.121.260, las cuales fueron tomadas como no salariales. Narró que para el año 2008 y 1 de septiembre de 2015 fue

promovido a subgerente comercial y subgerente comercial banca preferente II respectivamente, percibiendo una asignación salarial de \$3.624.938.

Refirió que el 25 de octubre de 2017 se afilió a la agremiación sindical ABEBAN y debido a ello, fue objeto de represalias por parte del empleador, en tanto que fue citado a descargos el 8 de noviembre de ese mismo año, por un tema ya prescrito. Sostuvo que la convención colectiva de trabajo establece en el acápite de sanciones disciplinarias un procedimiento aplicable para trabajadores sindicalizados que incurran en violación de alguna disposición reglamentaria, el cual no se cumplió en su caso, en tanto que en el llamado no se incluía las pruebas, tampoco fue notificado al sindicato, ni dieron aviso a este sobre la decisión tomada, a más de que no se le indicó sobre la posibilidad de interponer recurso de apelación.

Precisó que el texto extralegal establece en el mismo acápite que la falta disciplinaria prescribirá en 20 días después de que el banco haya tenido conocimiento de la misma, por lo que, en su caso, la encartada lo tuvo desde el 26 de septiembre de 2017, pero la iniciación del proceso disciplinario tuvo lugar hasta el 8 de noviembre del mismo año, es decir, cuando ya habían pasado 43 días, con lo cual aduce se rompió la causalidad de la falta y sanción. Indicó que no recibió capacitación alguna para asumir el cargo de subgerente comercial banca preferente II, lo cual tuvo repercusiones en la labor, pues no conocía adecuadamente los procedimientos que debía ejecutar para la vinculación de nuevos clientes bajo los parámetros exigidos. Mencionó que durante la vigencia del nexo laboral no se le pagaron las cotizaciones al sistema de seguridad social sobre la totalidad del salario percibido, pues se presentaron pagos con naturaleza salarial no considerados como tal por su empleador, emolumentos que superaron en todo caso el límite del 40% de conformidad con la Ley 1393 de 2010. (Expediente digital, PDF 01Expediente2018-435, págs. 2 a 14 y audio 15Audiencia20220817Parte1).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, esgrimiendo que entre las partes existió un contrato de trabajo, primeramente, bajo la modalidad a término fijo y posteriormente, el 27 de julio de 1997 a indefinido, mismo que finalizó con justa causa imputable al actor, en tanto que al realizar el trámite de vinculación del señor Jorge Gil Baquero, consignó información no veraz en la ficha de presentación del cliente, toda vez que registró en ella que había procedido a efectuar la visita de manera presencial al cliente, sin haber acudido, aspecto que quedó demostrado en la diligencia de descargos. Resaltó que dicha operación fue rechazada por cuanto constató que los extractos bancarios aportados por el cliente fueron alterados en su contenido, por lo que, de haberse realizado visita presencial, habría podido el actor evidenciar que no se cumplía con los parámetros y exigencias señalados en el procedimiento indicado.

Agregó que no se adelantó un proceso disciplinario, ni un procedimiento de comprobación de falta, precisamente por cuanto lo que operó fue la terminación del contrato de trabajo con justa causa, en la que garantiza y respeta el derecho de defensa y contradicción, en tanto que lo escuchó en diligencia de descargos, oportunidad en la que expresó su versión de los hechos y tuvo la posibilidad de aportar las pruebas que pretendía hacer valer, además, de refutar las que tenía en poder el Banco. Preciso que durante la vigencia de la relación laboral realizó el pago de aportes al sistema de seguridad social y prestaciones sociales sobre todos los factores salariales que devenga el actor.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º y 2º, 4º, 12º, 22º y 34º, relacionados con la existencia de la relación laboral, sus extremos, cargo desempeñado, la afiliación al sindicato ADEBAN, además, que no dieron aviso sobre la posibilidad de la interposición del recurso de apelación contra la decisión de finalizar el

contrato de trabajo, pues no se trataba de una sanción disciplinaria, misma que le fue notificada al actor el 24 de noviembre de 2017. En los demás indicó no constarle o no ser ciertos y en su defensa formuló la excepción previa de prescripción e inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y, de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho y genérica. (Expediente digital, PDF 07SubsanaciónContestaciónDeDemanda).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de agosto de 2022, en la que la falladora declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 27 de noviembre de 1996 hasta el 24 de noviembre de 2017; y probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago, buena fe, falta de título y causa, y abuso del derecho propuestas por la sociedad demandada. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda formuladas por el actor, gravándose en costas.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que en el asunto no se hallaba en discusión la existencia del contrato, tampoco su carácter ni sus extremos y la labor que ejecutó, ello en atención a que la accionada así lo aceptó. En tal virtud, tuvo como problema a dilucidar, entre otras cosas, si este fue finalizado sin que mediara justa causa por parte de la pasiva. A ese propósito recordó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que en estos asuntos al trabajador le corresponde demostrar que la iniciativa de poner fin a la relación provino del empleador y a este le incumbe acreditar la justificación del hecho que lo originó. En esa medida encontró de los medios probatorios la carta de terminación del vínculo laboral con justa causa, que se justificó en que el trabajador registró en la consigna una visita a un cliente cuando realmente no la efectuó.

Del citado documento evidenció que la finalización no estuvo basada en motivos diferentes a la consignación no veraz que hizo en el respectivo documento, por lo tanto, no podría adentrarse a establecer si tenía la posibilidad de contar con un grafólogo o si debía conocer de los extractos bancarios que el cliente aportó, pues esto es ajeno al debate. Sentado lo anterior, dijo que debía entrar a verificar si se comprobó la conducta endilgada al trabajador y si esta reviste de tal gravedad para dar por terminado el contrato de trabajo; de esta manera, una vez apreció los medios incorporados al proceso, manifestó que se encuentra plenamente probada la falta que cometió, al punto que fue aceptado en diligencia de descargos y en el interrogatorio de parte que se le surtió, pues aquel refirió que en efecto no realizó la visita al cliente, pese haber registrado en la consigna que sí.

Tras lo anterior, se propuso a dilucidar si la conducta era de tal entidad que justificará el despido; punto frente al cual sostuvo que no se podía hablar de un error humano de cara a la manifestación que hizo el actor en el interrogatorio de parte, en el que daba cuenta que por voluntad del mismo hizo el registro en tal sentido. Dijo que, aunque no está calificada por las partes la falta endilgada al demandante, sin embargo, sí constituye un incumplimiento a sus obligaciones y por tanto se encuentra fundado el despido, máxime cuando fue consciente de que consignó información que no era real, quien tenía la obligación además de diligenciar debidamente el formulario y aunque el documento posteriormente debía ser suscrito por la directora del banco, ello no lo exonera de la responsabilidad del mismo.

Anotó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se configure la falta no se necesita que se ocasionen daños o perjuicios al empleador, tampoco está condicionado al ánimo o intención de producir un menoscabo, tal y como se dijo en sentencia de rad. 39518 del

14 de agosto de 2022. De esta manera apuntó a que no era necesario que se haya efectuado el desembolso del crédito al cliente, sino, exponer a un riesgo a la entidad dada la veracidad de la afirmación que se hizo y si bien no era obligatoria realizar la visita, empero debía hacerse la entrevista con el fin de conocer al cliente.

Conforme a ello, evidenció que efectivamente la conducta tenía tal gravedad, ya que puso en riesgo a la entidad, de manera que su comportamiento encaja perfectamente en los numerales 1º, 4º y 6º del literal "a" del artículo 7º del Decreto 2352 de 1965, los artículos 55, 56 y 70 del C.S.T. y 70 del Reglamento Interno de Trabajo que señala como deber del trabajador ejecutar con honradez y buena voluntad los trabajos que se le confíen, de allí que absolvió a la demandada de la pretensión. (Expediente digital, audio 25Audencia20220831Parte2)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión **el actor** formuló recurso de apelación esgrimiendo que contrario a lo señalado por la A quo, no quedó demostrado en este asunto la existencia de un perjuicio de tal magnitud que justificará la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador. Indicó que, si se registró en la consigna información inexacta, ello correspondió a un error humano, pues así se debe entender no sólo a partir del principio de la buena fe, sino, porque no lo hizo con el ánimo de desestabilizar o generar un daño a la compañía. Refirió que el registró fue convalidado por parte de quien era su superior jerárquico, mismo que tenía la obligación de rectificar, corregir o advertir la información que de manera involuntaria consignó en el documento.

Insistió que la estabilidad en el empleo no puede verse afectada por una conducta que se ejecutó de buena fe, la cual no produjo ningún daño patrimonial, ni lesionó el derecho del buen nombre del banco, dado a que los documentos gozan de reserva bancaria, y en tal sentido no podía justificarse a partir de ello, la finalización del vínculo laboral con justa causa. Dijo que la justa causa endilgada no se encuentra prevista dentro del ordenamiento laboral, por lo tiene derecho a que se le reconozca la indemnización prevista en la convención colectiva de trabajo, máxime cuando hubo persecución en su contra. (Expediente digital, audio 25Audencia20220831Parte2)

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que en el proceso quedó plenamente probado el error humano que cometió en el diligenciamiento del formulario, conducta involuntaria y ligera que no se encuentra taxativamente señalada en el Reglamento Interno de Trabajo o la Ley como una falta a los deberes laborales, tampoco prevista como una justa causa para desvincular un trabajador.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones adujo que acertadamente el a quo indicó que la conducta desplegada por actor, si bien no se materializó en perjuicio económico, si generó un riesgo, pues se expuso al desembolso de dinero, poniendo en peligro los recursos del banco, en consecuencia, advirtió que en efecto la falta cometida constituyó un incumplimiento grave a sus obligaciones laborales, pues faltó a la verdad y comportó un riesgo operativo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuesta por el recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente: ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en la convención colectiva de trabajo 2017-2019?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo la juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, ni la labor de subgerente comercial banca preferente II que desempeñaba al momento en que fue finalizado el nexo contractual; las citadas conclusiones se corroboran con el contrato de trabajo, adición y otrosí; carta de terminación del contrato de trabajo, certificación laboral y liquidación definitiva de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF 01Expediente2018-435, págs. 96 a 105).

4. Despido sin justa causa. Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si en efecto debe conceder la pretensión relacionada con el pago de la indemnización contenida en la convención colectiva de trabajo 2017-2019, pues estima el apelante que la sentenciadora de primer grado incurrió en un desatino al negar la misma, en tanto que en su sentir los motivos invocados por la sociedad demandada en la carta de despido no tuvieron la gravedad requerida para justificar la culminación unilateral del nexo contractual, toda vez que no causó un perjuicio a su empleador, tampoco actuó de mala fe, debido a que la información que registró fue por causa de un error humano, misma que debía ser corroborada por su superior jerárquico.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostrar la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, en el informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en los numerales 2º, 4º, 5º, 6º y 8º del literal A del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST, concordante con los numerales 2º y 4º del artículo 58 de la misma norma sustantiva y artículos 70, 81 y 95 del Reglamento Interno de Trabajo, así como la cláusula 3.1. del Código General de Conducta. Decisión que obedeció al presunto registro de información falsa en la ficha de presentación del cliente Jorge Gil Baquero, en tanto que el trabajador afirmó que había procedido a efectuarle visita, sin haberla realizado.

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajador los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con la

citación y descargos realizados por la empleadora, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

Obra citación a rendir descargos del 8 de noviembre de 2017, cuyo fin fue la de escuchar las explicaciones del trabajador frente a la posible responsabilidad disciplinaria en la omisión de los procedimientos establecidos por el Banco para el adecuado desempeño de su cargo, señalando que el actor *"presentó operación de crédito del cliente Jorge Gil Baquero por 100 millones de pesos, operación que venía soportada en la ficha de presentación en la cual usted manifestó haber visitado al cliente"*; misma de la que también evidenció *"que los extractos bancarios del cliente no corresponden a la realidad"*

Con tal propósito, las partes aportaron al plenario el acta de descargos rendido, donde le fue indagado respecto de las situaciones fácticas que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogado sobre los hechos que originaron la presunta irregularidad, explicó que el señor Jorge Gil Baquero se acercó a su oficina el 20 de septiembre de 2017, oportunidad en la que diligenció los formatos de vinculación, realizando el proceso de identificación y los procedimientos con base en los soportes que aquel presentó. Indicó que con posterioridad diligenció la ficha de presentación del cliente, la cual fue remitida a la directora de oficina, Diana Bocanegra, quien le hizo ajustes y le indicó las correcciones que debía hacerse a la misma, haciendo alusión a que en el *"espacio de comentario de visita de la ficha, fue un error humano que cometí y coloqué que el cliente se había visitado en la dirección allí mencionada, ese fue mi error exactamente y se procedió a radicar el crédito ya con la verificación y firma mía y de la directora"*; situación que ratificó con posterioridad, aceptando que, pese a la citada afirmación, no realizó la visita al cliente, justificándose *"por los apuros del día a día"*.

Tal enunciación fue, además, confesada por aquel en el interrogatorio de parte que se surtió, pues, aunque lo justificó señalando que *"fue un pasar mío (...) error mío"*, también manifestó que registró en el respectivo formulario la visita al establecimiento de comercio del cliente, consignando su dirección. Aspecto que fue corroborado por la señora Sandra Cristina Amaya, testigo de la parte demandada y quien señaló regentar para la época de los hechos subgerente regional del banco.

De conformidad con la anterior, no cabe duda alguna a esta Sala que la conducta endilgada al trabajador hoy demandante por parte de la demandada en la carta de terminación del contrato de trabajo se encuentra ajustada a la realidad, siendo factible concluir, que aquél fue despedido con justa causa. Lo anterior, por cuanto aceptó ante su empleador la conducta que se le reprocha, en tanto, que adujo que en efecto registró información no veraz al momento en que se realizó la operación de crédito con el cliente Jorge Gil Baquero, actuación que es reprochable y que desdice la confianza sobre la que se ha de cimentar las relaciones entre trabajador y patrono.

En este punto, hay que señalar que los argumentos a los que acude la censura para negar la gravedad del hecho imputado, están llamados al fracaso, pues ninguna de las pruebas allegadas al plenario, desvirtúa la circunstancia relevante de la falsa información que registró en el formulario, que, sin duda, es un acto reprochable, y da méritos para derivar de la conducta, como lo hizo el empleador, el despido laboral; sin que sea dable asumir, como se dijo, que actuó de buena fe o que se trató de un simple error humano, ya que del contenido de lo dicho tanto en diligencia de descargos como en el interrogatorio de parte deja entrever que su intención si fue de registrar esa información que no correspondía a la realidad, al punto que no solo dejó en la ficha de presentación la

afirmación en tal sentido, sino, también registró que lo hizo en determinado lugar, como a continuación pasa a observarse:

Lo anterior revela que, si tenía comprensión de lo que estaba afirmando en la señalada ficha, luego no se trató de un simple error humano, como lo quiere hacer valer.

En relación con el reproche traído a colación por la censura, fundamentado con que tal documento debía ser validado por la directora de la sucursal, de manera que la responsabilidad de tal consigna recayó en ella, debe decirse que dicha circunstancia quedó en una simple afirmación, pues no se logra corroborar con los medios de convicción, por el contrario, las pruebas no dejan asomo de duda de que la responsabilidad del registro estaba a cargo del gestor de la litis, a quien le correspondía no solo la atención del cliente, sino, recibir soportes de vinculación, realizar las respectiva entrevista personal y verificar la totalidad de documentos que se le pusieron de presente, para luego registrarse en la ficha.

Debe decirse, además, que, aunque el apelante señala haber sido buen trabajador por más de 20 años, esto no resulta ser una justificación para su conducta irregular, pues el hecho de haber registrado información no veraz, quebrantó la confianza que su empleador le depósito; además, tampoco puede ser un eximente de responsabilidad cuando afirma que con esta conducta no causó un daño moral o patrimonial a la pasiva, pues a propósito de ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica y reiterativa en señalar “*que lo grave de una conducta no viene definido por sus efectos, de modo que no necesariamente debe producir un perjuicio para que así lo sea*” (sentencia SL 2267 de 2022, que reiteró lo dicho en providencias SL, 8 jun. 1999, rad. 11758 y SL, 3 mar. 2010, rad. 37080).

De acuerdo con dicho referente jurisprudencial, el hecho de que la conducta realizada por el actor haya o no menoscabado intereses patrimoniales o morales de la sociedad accionada, en nada incide para validar o no la justa causa esbozada por el empleador para finiquitar el vínculo laboral, misma que se justificó por parte de este, demostrándose que tuvo lugar por un engaño, con la presentación de un documento alejado de la realidad.

Así las cosas, se colige que las conductas endilgadas al trabajador hoy demandante por parte de su otrora empleadora en la carta de terminación del contrato de trabajo, con fundamento en los numerales 2º, 4º, 5º, 6º y 8º del literal A del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST, concordante con los numerales 2º y 4º del artículo 58 de la misma norma sustantiva y artículos 70, 81 y 95 del Reglamento Interno de Trabajo, así como la cláusula 3.1. del Código General de Conducta, que exigen al trabajador, entre otras cosas, comunicar oportunamente las observaciones que tiendan

a evitarle daños y perjuicios, están plenamente probadas, por lo que es factible concluir, sin atisbo de duda alguna, que aquel fue despedido con justa causa.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que el señor Marlon Everth Varón Cortés no le asiste el derecho a la indemnización pretendida, pues no se demostró que su despido fue injusto a la luz de la legislación sustantiva nacional, se confirmará la sentencia proferida en primer grado, a más porque si bien aseguró que fue objeto de represalias al interior de la sociedad accionada, del material probatorio obrante en el expediente, no se advierte acreditada esa circunstancia, solo se encuentra el propio dicho del actor, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

5. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

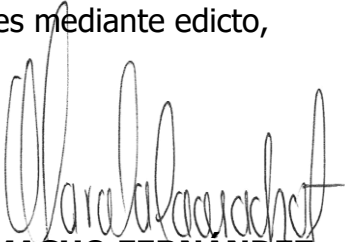
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

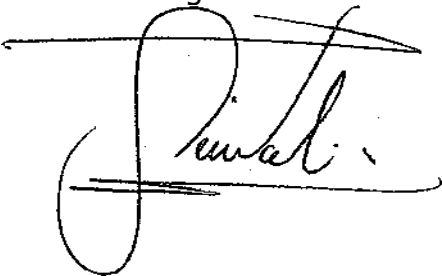
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



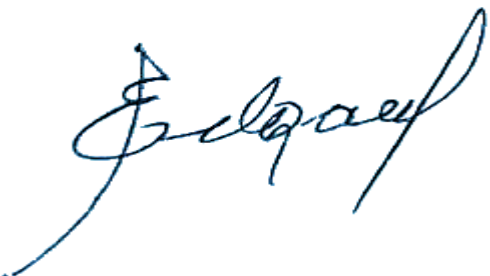
DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SONIA RESTREPO HERRERA
DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 23-2022-00135-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO- CONFIRMA

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. SONIA RESTREPO HERRERA instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones y Protección S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por Protección S.A.; igualmente se declare la nulidad del RPMPD al RAIS; en consecuencia, se ordene a protección a trasladar los saldos consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y sus rendimientos con destino a Colpensiones; así mismo que Colpensiones reciba a la demandante como afiliada desde el 25 de abril de 1989; finalmente, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 29 de noviembre de 1967; se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 25 de abril de 1989; se afilió al RAIS administrado por Protección S.A. el 1 de julio de 1999; que la AFP Protección S.A. la indujo al error al no brindar la información suficiente, sobre las consecuencias, ventajas y desventajas, beneficios o detrimentos que traería trasladarse de régimen pensional, tampoco acerca de su capital para su pensión de vejez, requisitos para la pensión mínima y las condiciones para la devolución de saldos, y bono pensional; que la mesada pensional en el RAIS sería de \$1.000.000; que el 3 de marzo de 2022, presentó derecho de petición ante Protección S.A. con el fin de que se declarara la nulidad o ineficacia de traslado del RPM al RAIS; que elevó derecho de petición ante Colpensiones el día cuatro 4 de marzo de 2022, solicitando la declaratoria de la nulidad o ineficacia de traslado, emitiendo respuesta negativa en la misma fecha.

(pág. 1 a 18) (PDF- DEMANDA)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 1 a 2 PDF- NOTIFICACIÓN AGENCIA); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones manifestando que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; que no obra prueba alguna de la existencia de vicio en el consentimiento al momento de su afiliación; que un error de derecho no vicia el consentimiento y por lo tanto la afiliación de la demandante es totalmente válida; que se encuentra inmersa en la prohibición de

traslado señalada en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema Acto Legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (Fol. 1 a 19 PDF CONTESTACIÓN)

3.2 PROTECCIÓN S.A. Presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda manifestando que el acto de traslado es un acto existente y válido, además la decisión de trasladarse de régimen fue libre y voluntaria, sin engaños que pudiera viciar el consentimiento; que no es posible afirmar que la forma como se liquida la pensión de vejez haga nula o ineficaz la afiliación; que el acto jurídico de traslado cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; inexistencia de afiliación al régimen de prima media; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; y la innominada o genérica. (Fol. 3 a 33 PDF-CONTESTACIÓN)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS administrado por Protección S.A.; condenó a Protección S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluyendo los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago; condenar a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPMPD, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenar en costas a Protección S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en que la afiliación al régimen pensional debe ser libre conforme con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el deber de información está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, quienes tienen la responsabilidad de carácter profesional; que en estos procesos deben seguirse las reglas fijadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias la SL1452 de 2019 y SL 2177 de 2022; que los únicos elementos de juicio allegados por Protección S.A. corresponden a documentales como el formulario de vinculación, pero este no demuestra que el traslado haya sido con la información requerida. Que, en virtud de lo anterior, se configura la ineficacia del traslado, ordenando a PROTECCIÓN S.A. la devolución integral de los aportes, junto con los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y

porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

5. Impugnación y límites del ad quem. COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, señalando que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios en consentimiento o dolo, pues no hay una expectativa legítima para la demandante; que según la sentencia C 789 2002 se encuentra inmersa en la provisión de trasladarse; que no es beneficiaria del régimen de transición, de manera que no le son aplicables las sentencias de la Corte Constitucional como la SU130 del 2013 y la SU062 del 2010; que la simple manifestación de inconformidad del valor de la pensión no puede conllevar a declarar la ineficacia del traslado; que para el año 1999 los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones del traslado, sin que sea exigible documentos o proyecciones; que lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante, además ella misma decide continuar cotizando al RAÍS de manera libre y voluntaria por más de 20 años.

9. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal pertinente la parte demandante presenta alegatos de conclusión solicitando que se confirme en su totalidad la decisión de instancia, dado que la AFP no brindó información que exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando

no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora SONIA RESTREPO HERRERA, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 25 de abril de 1989, hasta el 31 de julio de 1999, conforme aparece en historial expedido por Colpensiones (Fol. 50 PDF CONTESTACIÓN); que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 07 de mayo de 1999, según formulario de afiliación (pág. 47) (PDF CONTESTACIÓN) donde se encuentra actualmente según su historial de cotización.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de	Contenido mínimo y alcance del deber de información
---------------------	---	---

	pensiones a dar información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., esto es, 07 de mayo de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se

le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a

COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, engloba de manera expresa los conceptos atrás delineados junto con la indexación, por lo que se confirmará la decisión de instancia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

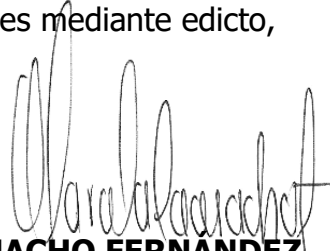
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

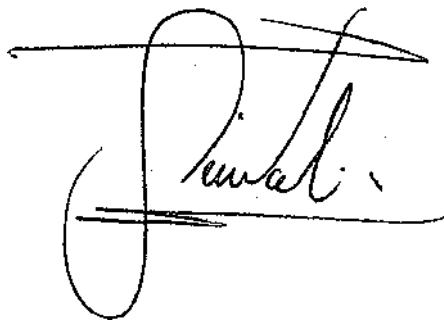
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2022, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

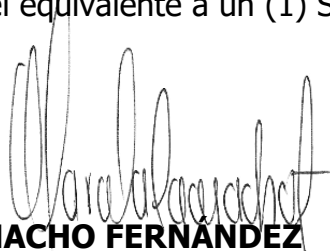


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSÉ BENITO GARCÍA MARTÍNEZ
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-021-2021-00582-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. CINDY BRILLITH BAUTISTA CARDENAS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Benito García Martínez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar el valor de todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubieren causado del cotizante. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba al demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones desde el año de 1985 y que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con prestación definida con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 12 de julio de 1994, y que esta no le suministró ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión; que actualmente tiene 109'776.589 acumulando un total de 1'192 semanas conforme el reporte de Historia Laboral del 19 de octubre de 2021. El día 27 de septiembre del 2021 radicó solicitud a Colpensiones solicitando la ineficacia de la afiliación al RAIS pero esta le fue negada mediante comunicado con fecha del mismo día, así mismo solicitó la misma petición ante Porvenir S.A. el día 21 de octubre del año 2021. (Expediente electrónico,

PDF 01DemandayAnexos Págs 5 a 19)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 06NotificaciónAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiese hecho incurrir en error o que exista algún tipo coacción en la afiliación, o que el fondo de pensiones haya omitido con su deber de información; tampoco se evidencia vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo, ni inconformidad por parte de la actora, además, porque su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria; que está dentro de la prohibición de la ley 797 del 2033. En su defensa propuso las excepciones las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica (Expediente electrónico, PDF 08ContestaciónDemandaColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a la totalidad de las pretensiones con sustento en que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, y que dicho traslado no tuvo ningún vicio del consentimiento; que la asesoría se hizo de manera completa y cumpliendo con el deber de información de ese entonces; el demandante no hizo efectivo su derecho de retracto en el momento pertinente para hacer el cambio de régimen y que el deber de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen nació con el Decreto 2071 del 2015 y que los fondos de pensiones se regulan por el Decreto 656 de 1994 en sus artículos 14 y 15. Propuso como excepciones de mérito la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Expediente electrónico PDF, 05ContestaciónDemandaPorvenir.pdf Pags 3 a 31)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual; condenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual como los son cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes y contabilice todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probada las excepciones y condenó en costas solo a PORVENIR S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual la afiliación debe ser libre y voluntaria, además, en la sentencia SL1373 de 2021, en la que se dijo que la información no puede ser cualquiera, sino debe ser relevante, oportuna y clara, no bastando con señalar ciertos caracteres de uno u otro régimen pensional, sino, que hay que explicarle al potencial afiliado cómo se obtienen, cómo se llega, de qué depende y bajo este entendido el fondo de pensiones debe mencionar lo bueno y lo malo con el fin de brindar información completamente transparente para que se pueda trasladar de uno a otro régimen previsional.

Señaló que el formulario no es suficiente para acreditar al deber de información con nivel de claridad, además, significó que la carga de probar está en el fondo de pensiones dado a que es un experto y profesional en la materia. Así las cosas, dijo que el fondo de pensiones no demostró haber brindado al demandante información suficiente respecto del régimen al que se estaba trasladando, pues tan sólo conoció alguna de sus características, sin que haya sido clara y transparente.

Frente a las excepciones como la descapitalización del sistema no se afectaría debido a que Colpensiones recibiría todos los aportes, debidamente indexados, sin descuentos y con rendimientos. En relación con la excepción de prescripción la declaró no probada por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 PORVENIR. Estando dentro de la etapa procesal pertinente el apoderado de la AFP interpuso recurso de apelación manifestando que si bien existe una línea jurisprudencial acerca del deber de información y que este recae sobre la AFP, no es menos cierto que dicho deber de información se generó de manera paulatina, y para el año en que se presentó el traslado no existía el deber de información que existe actualmente, y de igual forma la Corte ha expresado que aunque existan casos similares no a todos se les puede aplicar el mismo sentido, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; que en el caso concreto el afiliado debería cotizar dos años más y se podría pensionar con el capital actual. En el caso de la indexación de los gastos generados por la ineficacia se estaría dando una doble indexación y Colpensiones se estaría beneficiando de sumas de dinero que no administró ni ayudó a generar (rendimientos financieros, primas de seguros provisionales y de la indexación); que se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; frente a la condena en costas debe ordenarse las mismas también a cargo de Colpensiones.

5.2 COLPENSIONES. Mediante apoderado judicial se interpuso recurso de apelación alegando que la carga de la prueba también le corresponde a la parte demandante, ya que los vicios en el consentimiento deben ser demostrados por las partes que lo alegan; que al realizarse el traslado hace 21 años, no es posible conocer los medios por los cuales se dio la afiliación, y nadie está obligado a lo imposible; que de conformidad con el artículo 1516 del Código Civil y 167 del CGP, le corresponde al demandante probar que fue engañado por el asesor de la AFP; que en el evento de condenarse en costas en segunda instancia habría un detrimento patrimonial a cargo de Colpensiones, entidad que no tuvo injerencia en el traslado.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación señalando que aunque existe una línea jurisprudencial respecto a la ineficacia por el deber de información, la misma Corte Suprema de Justicia, señala que se debe estar ante los mismos supuestos facticos y en el caso del demandante no hay similitud entre los hechos y la línea que aplica la ineficacia, por lo que, no existiendo razones de hecho ni de derecho que den paso a la existencia de la ineficacia; que la decisión tomada por el actor se dio de manera libre y voluntaria y sin coacción; que durante todo el tiempo que ha venido afiliado el demandante no tuvo problema alguno con la AFP; que el traslado de los aportes como lo hizo el a quo, conlleva a un enriquecimiento sin justa causa; que no son procedentes la devolución de rendimientos y gastos de administración, ya que estos últimos fueron descontados por disposición; que el Decreto 3995 de 2008 menciona cuáles son los dineros que se trasladan cuando existe un cambio de régimen; que las sumas de la aseguradora no se encuentran en su poder, por lo que son improcedentes, y ya no están en su poder, además que se garantizó la cobertura durante su afiliación; que los rendimientos financieros no se hubieran causado nunca en el régimen de prima media que administra Colpensiones.

6.2 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en

la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información tal como lo exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señor José Benito García Martínez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 17 de abril de 1985 con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1994 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (Expediente Electronico, PDF 08ContestaciónDemandaColpensiones.pdf Pág 43); que se trasladó a PORVENIR S.A. el 12 de julio de 1994, mediante formulario de afiliación (Expediente Electronico, 05 ContestaciónDemandaPorvenir.pdf Pág 77), entidad donde se encuentra actualmente afiliado.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta

de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 12 de julio de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que

además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo le dieron cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de

prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y

comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera se confirman, sin que haya lugar a la prosperidad de la alzada propuesta por Porvenir S.A. frente a COLPENSIONES, dado que quien tiene la legitimidad para solicitar o no la imposición de costas era el demandante y no la demandada PORVENIR S.A.

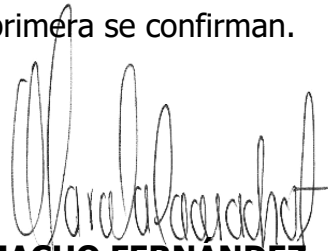
DECISIÓN

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

RESUELVE

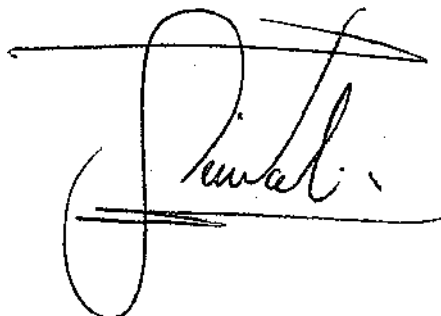
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera se confirman.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

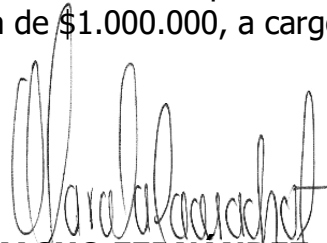


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MAGDALENA ESCOBAR DELBASTO
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-010-2019-00310-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Magdalena Escobar Delbasto instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 29 de junio de 1964 y que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES desde el 12 de marzo de 1996; que se trasladó a la Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1996; que Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. no le suministró ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión; que el 03 de abril del 2019 radicó derecho de petición ante Porvenir S.A. solicitando la ineficacia de la afiliación y esta fue negada, posteriormente el 04 de abril del 2019 radicó derecho de petición en Colpensiones, pidiendo la nulidad del traslado y esta petición fue negada con oficio del 11 de abril del 2019. (Expediente electrónico, PDF 001 Expediente Digital/002DemandaCdFl.05.pdf Págs. 1 a 17)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, 001ExpedienteDigital.pdf Págs. 67 y 68); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiese hecho incurrir en error o que exista algún tipo coacción al momento de realizar la afiliación, o que el fondo

de pensiones haya omitido con su deber de información; tampoco se evidencia vicio del consentimiento ni inconformidad por parte de la actora, además, porque su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Expediente electrónico, PDF 001ExpedienteDigital. Págs. 70 A 74).

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a las pretensiones con sustento en que el traslado es plenamente válido y eficaz, ya que fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños tal como se aprecia del formulario de vinculación; que el formulario de vinculación es un documento público que se presume auténtico; que la nulidad es susceptible de saneamiento mediante la ratificación; que la actora se encuentra incurso en la prohibición que emana del artículo 2 de la ley 797 del 2003; que la permanencia de la actora dentro del RAIS por 25 años deja entrever su conformidad y conocimiento del régimen; que no es procedente la devolución de gastos de administración ni de otros emolumentos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, excepción genérica, buena fe, compensación y la genérica.

(Expediente electrónico, PDF 001ExpedienteDigital. Págs. 121 A 146)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Magdalena Escobar Delbasto al régimen de ahorro individual; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluido los rendimientos generados, gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes y afiliarla sin solución de continuidad; declaró no probada las excepciones y condenó en costas a los fondos demandados.

El a quo fundamentó su decisión en lo establecido en la ley 100 de 1993, Decreto 656 de 1994, Decreto 692 de 1994, y la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, entre otras sentencias la SL31981 del 2008, SL4964 del 2018, SL4989 del 2018, SL1688 del 2019, SL4360 del 2019, SL1055 del 2022, SL3611 del 2021 y SL373 de 2021, donde se afirma que la información debe ser completa, cierta, veraz y oportuna por parte de los fondos al momento de hacer el traslado del RPM al régimen de ahorro individual; que la AFP debe brindar la información suficiente para conocer las ventajas y riesgos de los diferentes regímenes pensionales, y que el deber de información existe desde la ley 100 y 1993; que los formatos de vinculación al RAIS no son suficientes para acreditar que se brindó la información completa, cierta, veraz y oportuna, ya que solo acredita un consentimiento pero no un consentimiento informado.

Bajo el anterior panorama, declaró la ineficacia y por ende adujo que las cosas deben volver a su estado anterior, lo que significa que la afiliada vuelve al RPM sin solución de continuidad, devolviendo los gastos de administración, cuotas de seguros previsionales y los gastos de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Negó la excepción de prescripción por tratarse de un tema imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones Interpuso recurso de apelación señalando que no obra prueba alguna que demuestre que hubo algún tipo de vicio del consentimiento de conformidad con en el artículo 1740 del Código Civil, es decir, no se presentó error, fuerza o dolo; que el demandante está en la prohibición legal del traslado de conformidad con ley 797 del 2003;

que en el presente caso no se configura los precedentes de hecho para generar la ineficacia del traslado; que sí se brindó la información necesaria y completa para conocer los riesgos y beneficios, además no hay prueba que demuestre la actuación dolosa de la AFP al momento de generar la afiliación, por ende no se violó ningún derecho alegado en la demanda; que la AFP no obró de mala fe y que no se condene en costas en el proceso.

5.2 Porvenir S.A.: Interpone recurso de apelación alegando la AFP sí entregó mediante los asesores la información necesaria para conocer las implicaciones del cambio de régimen, cumpliendo con los requisitos exigidos para la fecha de afiliación; que en caso de confirmar la ineficacia, se tenga en cuenta el tema de devolución de los rendimientos y gastos de administración, dado que los mismos resultan improcedentes; que solo debe devolver los valores entregados por la demandante sin los gastos de administración, además que la AFP ha actuado bajo la confianza legítima; que debe tenerse en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema; que ordenar la indexación se estaría generando una doble sanción. De igual forma solicita que se revoque la condena en costas y agencias en derecho, debido a que se presentó oposición a la demanda con argumentos válidos.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema.

6.2 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información tal como lo exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Magdalena Escobar Delbasto se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 12 de marzo de 1996 con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1996 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (Expediente digital PDF 001. Pág. 22); que se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 27 de septiembre de 1996 según formulario de afiliación (Expediente digital PDF 001ExpedienteDigital/002DemandaCdFl.05.pdf Pág. 34), entidad donde se encuentra actualmente afiliada.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 27 de septiembre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente "la obligación de dar a conocer al usuario,

de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere.”(SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que es equivocada la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, máxime si se tiene en cuenta que en el caso de la actora, al haberse afiliado al régimen de prima media con prestación definida en el año de 1996, debía esperar hasta el año de 1999 para poder trasladarse de régimen, ello de conformidad con el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, empero nada de eso fue informado y ni siquiera la AFP se percató de ello, por lo que reafirma aún más la falta de información al momento del traslado de régimen.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en

la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha

dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a

todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman, dado que se causan por así disponerlo el artículo 365 del CGP.

DECISIÓN

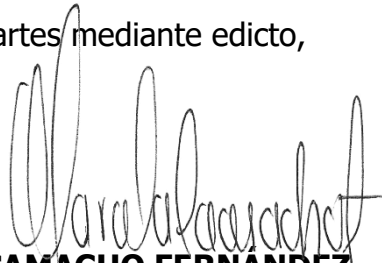
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

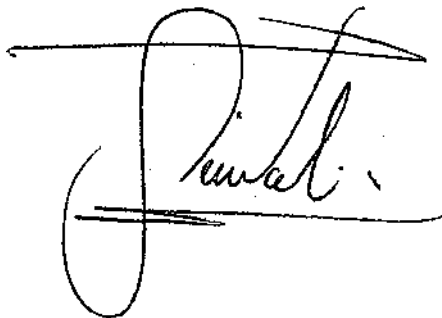
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

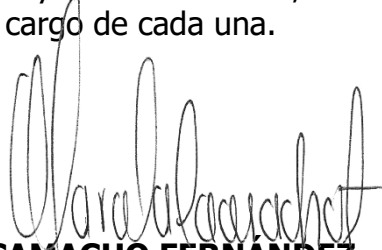


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NICOLÁS EUGENIO MUNERA SÁNCHEZ
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-03-2021-00431-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nicolás Eugenio Munera Sánchez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba al demandante y lo mantenga afiliado sin solución de continuidad; y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló y que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el mes de octubre de 1983; que se trasladó a Protección S.A. el año de 1997; que Protección S.A. no le suministró ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes; que el 09 de junio del 2021 elevó derecho de petición solicitando la anulación de la afiliación ante la AFP Protección S.A. y el día 17 de agosto del mismo año elevó el cambio de régimen frente a Colpensiones; sin embargo, le fue negada (Expediente electrónico, PDF 001ActadeReparto15919DemandaAnexos.pdf Pág. 4 a 15).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 009); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que el actor se le hubiese hecho incurrir en error o que exista algún tipo coacción en la afiliación, o que el fondo de pensiones haya omitido con su deber de información; que su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria; que el traslado a Colpensiones afecta la estabilidad financiera del sistema; que

el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la 797 del 2003. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslados de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos fuera del ordenamiento jurídico, buena fe Colpensiones, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Expediente electrónico, PDF 004. Pág. 23 a39)

3.2. AFP Protección S.A.: Se opuso a las pretensiones con sustento en que el traslado es plenamente válido y eficaz, ya que fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños tal como se aprecia del formulario de vinculación que se suscribió bajo los términos del artículo 11 del Decreto 692 del 2011; que el formulario de vinculación es un documento público que se presume auténtico; que el demandante está dentro de la prohibición de que trata la ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido del recurso públicos del sistema general de pensiones, la innominada, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (Expediente electrónico PDF, 007ContestaciónDemandaProtección19Julio22.pdf Pág. 3 a 23)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de Septiembre de 2022, en el que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Nicolás Eugenio Munera Sánchez al régimen de ahorro individual; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de concepto como cotizaciones obligatorias y voluntarias si hubiese realizado alguna, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración, bonos pensionales en el caso que ya se encuentren redimidos, todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno y debidamente indexados a COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes y afiliarla sin solución de continuidad; declaró no probada las excepciones y condenó en costas a la AFP Protección S.A.

El a quo basó su decisión empezando por señalar que lo procedente es estudiar el cambio de régimen pensional desde la figura de la ineficacia y no la nulidad del traslado, ya que según lo tiene establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en sentencia SL2001 del 2021, donde se transgrede el deber de información en los cambios de régimen pensional se debe abordar desde la institución de la ineficacia y no desde la nulidad.

Manifestó que acorde con el Criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el deber de información le corresponde demostrarlo a la AFP, siendo que en el caso concreto, no obra prueba que se le haya brindado la información necesaria al momento de la afiliación, además que los conceptos emitido por la Superintendencia Financiera no son vinculantes; en cuanto al interrogatorio de parte, el mismo no sirve como medio confesión, porque nada se confiesa por el actor; que el deber de información data desde el Decreto 663 de 1993; que la firma del formulario debidamente diligenciado no es suficiente para acreditar que se brindó el deber de información necesario; que no prospera la excepción de prescripción conforme con el criterio sostenido por la Sala de Casación Laboral, entre otras la sentencia SL2884 del 2021.

5. Impugnación y límites del ad quem. Colpensiones interpuso recurso de apelación señalando que el demandante está en la prohibición de la ley 797 del 2003;

que el demandante nunca se acercó al Seguro Social ni a Colpensiones para buscar información acerca de los riesgos que implica el cambio de régimen; que la inconformidad del accionante se da después de 22 años de la afiliación; que el tiempo para interponer una acción rescisoria a raíz de un vicio del consentimiento es de 4 años.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal COLPENSIONES solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que el actor se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo del demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que debe operar la prescripción de la nulidad del acto jurídico alegado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Nicolás Eugenio Munera Sánchez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 26 de julio de 1998 con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1997, conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (Expediente digital PDF. 005HistoriaLaboralColpensiones08Julio22); que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 15 de mayo de 1997, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico. 007ContestaciónDemandaProtección19Julio22

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, 15 de mayo de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que

además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

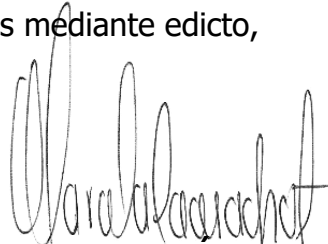
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

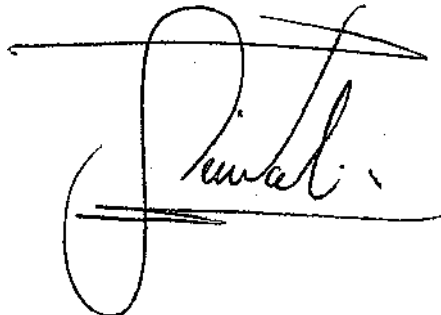
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

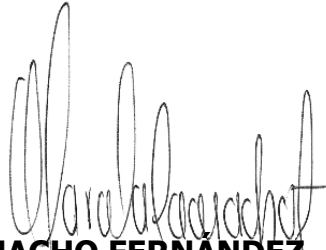


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EUGENIA RAQUEL DURÁN FLÓREZ
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 33-2020-00412-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Eugenia Raquel Durán Flórez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo privado trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, así como también los gastos de administración o cualquier otro; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que venía afiliada al régimen de prima media administrado por el ISS del 22 de enero de 1986; que el 29 de agosto de 1995 la demandante se trasladó a PORVENIR S.A.; que la AFP Porvenir S.A., no le brindó asesoría al momento del traslado; que elevó solicitud de traslado ante la AFP del RAIS y Colpensiones, pero le ha sido resuelto de manera negativa.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el traslado al RAIS no cuenta con circunstancias que hayan viciado el consentimiento de la demandante, dado que no obra prueba en el expediente que acredite algún tipo de vicio del consentimiento; que el traslado presenta plena validez; que la actora no aporta prueba que acredite alguna inconformidad en su permanencia dentro del RAIS; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito rotuló las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

3.2. AFP Porvenir S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la afiliación realizada en el año 1995 fue producto de una decisión libre e informada; que al momento del traslado sí se le brindó la asesoría de manera integral y completa respecto de la decisión de trasladarse de régimen; que firmó formulario de vinculación de manera libre y voluntaria; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de septiembre de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, y rendimientos financieros, al igual que dineros recibidos por cuotas de administración; a Colpensiones recibir las sumas anteriormente descritas y activar la afiliación de la demandante al RMPD; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a la AFP PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con la expedición de la Ley 100 de 1993, junto con lo expuesto en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL1688 de 2019 y SL1452 de 2019 el deber de información consiste en informar al consumidor financiero no sólo las características de uno u otro régimen pensional, sino las condiciones de acceso, pérdidas de los beneficios pensionales con el traslado, riesgos y consecuencias. Indicó que documentos como el formulario de afiliación son prueba de la voluntad de la afiliada de realizar el traslado, no obstante, resulta insuficiente para establecer la información que le fue suministrada al momento de su suscripción. Refirió que, pese a que la carga de la prueba está en cabeza de las AFP, aquella no probó que cumplió con el deber de información y si bien la demandante en el interrogatorio de parte referenció características del funcionamiento del RAIS, pero no se demostró que hubiese sido informado algún otro elemento que correspondan al deber de información.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **Colpensiones**, quien solicita que se revoque la sentencia de primera instancia justificando que la demandante en el interrogatorio de parte sí indicó que tenía conocimiento de las características del RAIS, como la pensión anticipada prevista en tal régimen. Refirió que aquella suscribió formulario de afiliación sustentando su voluntad de trasladarse; que no es procedente la ineficacia en vista de que la motivación de declarar emana de un interés económico; que no cumple con los requisitos señalados en la sentencia SU 062 de 2010 de la Corte Constitucional para poder trasladarse en cualquier tiempo.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, esto es, en agosto de 2020 la demandante contaba con 55 años pues nació el 25 de marzo de 1965, encontrándose en la prohibición legal descrita en la Ley 797 de 2003. Dijo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) y si bien se esta frente a un error sobre un punto de derecho, lo cierto es que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o de nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que ha garantizado a los potenciales afiliados y vinculados al sistema de ahorro individual con solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales

señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo materializado, sino válido el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Eugenia Raquel Durán Flórez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 14 de noviembre de 1986, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1995, quien se trasladó de régimen a AFP Porvenir S.A. el 29 del mismo mes y año, según formulario de afiliación núm. 603123, donde actualmente sigue afiliada según historia laboral expedida por la misma.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores**

financieros, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

consejo y doble asesoría.	Circular Externa n. 016 de 2016	
---------------------------	---------------------------------	--

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 29 de agosto de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto propuesto por Colpensiones.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir

la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP

codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

RESUELVE

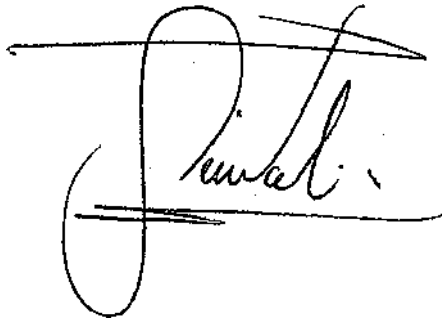
PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y quinto de la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

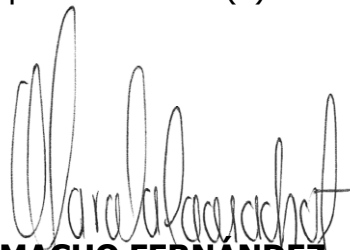


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ELBA LUCÍA MOYA JIMÉNEZ
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 07-2019-00576-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Elba Lucía Moya Jiménez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Colfondos S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado realizado al RAIS y que se entienda que siempre estuvo en el régimen de prima media. En consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados a Colpensiones, lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició su afiliación en agosto de 1981 al ISS hoy Colpensiones y hasta el mes noviembre de 1994, fecha en la que decidió trasladarse a Davivir S.A. hoy AFP Protección S.A., a través de su asesor que le aseguró que en el RAIS obtendría mayores rendimientos y mayor cantidad de beneficios al momento de recibir la mesada pensional. Refirió que con posterioridad realizó traslados horizontales, sin que fuese una decisión informada, autónoma y consciente, dado que no se le brindó información completa, integral, veraz y transparente sobre las consecuencias del traslado. (Expediente electrónico. PDF 01CuadernoFisico.pdf, págs. 140 a 156)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 01CuadernoFisico.pdf, págs. 222 y 223); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. Contestó la demanda allanándose a las pretensiones de la misma, manifestando que para la fecha de la afiliación al RAIS las asesorías se realizaban de manera verbal, por lo que no cuenta con soportes físicos o de una proyección de cálculo actuarial que soporte el cambio de régimen. (Expediente electrónico. PDF 01CuadernoFisico.pdf, pág. 181)

3.2. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquella. Refirió que

las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. (Expediente electrónico. PDF 01CuadernoFisico.pdf, págs. 181 a 214)

3.3. AFP Protección S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandante esbozando que la afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, y que al encontrar elementos tales como voluntad, el objeto y solemnidades se crea un acto solemne libre de vicios tal como es el caso en asunto, de igual forma alega la prohibición de los 10 años que consagra la ley 797 de 2003; y que se condene en costas a la demandada, y en su defensa formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Expediente electrónico, 01CuadernoFisico.pdf Págs. 238 A 253)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo del 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado. Así mismo, ordenó a los fondos accionados la devolución del porcentaje correspondiente a los gastos de administración u otros emolumentos, ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada a la actora y, por último, condenó en costas a los fondos privados.

Sustentado su decisión en los siguientes preceptos: Que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral y el Decreto 663 de 1993 dijo que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de tramitar el traslado, deber que siempre existió, siendo necesario para lograr la mayor transparencia y que el usuario elija la mejor opción del mercado mediante elementos de juicio claros y objetivos, ya que las AFP desde su fundación tienen la obligación de brindar de manera correcta la información, debido que al tratarse de un derecho de la Seguridad Social se debe basar en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe.

Referente a la carga de la prueba sostuvo que se encuentra a cargo de las AFP y no de los usuarios, según el artículo 1604 del código Civil, de manera que no se demostró que la afiliada en su proceso de afiliación al RAIS haya tenido la debida asesoría y por esta razón no conoció los riesgos que implicaba el cambio de régimen, además, que el simple formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar que sí se brindó la información necesaria, de ahí que debía acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Estando dentro de la etapa procesal pertinente la apoderada de Colpensiones interpone recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por la A quo alegando que dentro de expediente no hubo prueba alguna que evidencie que existió algún vicio de consentimiento y que en este caso se evidencia un error de derecho que no tiene una fuerza legal para generar la ineficacia jurídica. Dijo que existen obligaciones recíprocas que están reglamentadas en el Decreto 2242 del 2010, de manera que del interrogatorio de parte se desprende que la actora del proceso faltó a ese deber de informarse. Sostuvo que no es viable que se pretenda la nulidad o ineficacia jurídica después de que observó que su pensión no estaría acorde a sus pretensiones económicas.

5.2. AFP Protección S.A. Como fundamento de su apelación señaló que de conformidad con el literal "B" del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, una parte del ahorro está destinado al pago de seguros, financiamiento de fondo de solidaridad pensional y a cubrir los gastos de administración, por ende, la AFP uso estos recursos designados por la ley de manera correcta, los cuales entraron en el patrimonio de la AFP con origen legítimo y legal, de ahí que no se puede recobrar dicho pago debido a que se generaría un enriquecimiento sin justa causa, vulneración al derecho de igualdad y afectación a la estabilidad financiera del sistema general de pensiones.

5.3. AFP Colfondos S.A. Interpuso recurso de apelación esgrimiendo que con la buena gestión por parte de la AFP se lograron rendimientos que aumentaron los aportes de la demandante, de manera que los gastos de administración no hacen parte del patrimonio de la AFP, por cuanto estos se usan para adquirir la póliza de seguros provisionales y cubrir el aporte al fondo de solidaridad, por tanto, no pueden ser devueltos, máxime si se tiene en cuenta que se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa y una condena de daños y perjuicios, misma que no fue discutida dentro del presente asunto.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que de acuerdo con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es clara la potestad radicada en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, para escoger en forma libre y voluntaria el régimen al cual desean estar vinculados para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión por vejez, el cual debe estar precedido de una información veraz, clara, completa y transparente por parte de la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, de las consecuencias e impacto que tendría esta decisión en la situación pensional del afiliado.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones esgrimió que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encuentra en la prohibición legal descrita en la Ley 797 de 2003. Dijo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) y si bien se está frente a un error sobre un punto de derecho, lo cierto es que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico, por no tratarse de un error dirimente o de nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

6.3. AFP Protección S.A. Refirió que actuó bajo el principio de buena fe constitucional y a derecho, brindado información idónea y necesaria que se requería para la época respecto a la afiliación y traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. Indicó que la actora en el interrogatorio practicado, dejó en evidencia que conocía las características principales de los regímenes, riesgos, consecuencias y lo que implicaba estar afiliada en uno u otro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Protección S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿Debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Elba Lucía Moya Jiménez, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 6 de agosto de 1981, con cotizaciones hasta el 1 de marzo de 1993, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien realizó traslado a AFP Davivir S.A hoy AFP Protección S.A., el 9 de noviembre de 1994 y con posterioridad a Colfondos S.A. el 23 de noviembre de 2000, donde actualmente se encuentra afiliada.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se

enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Davivir S.A hoy AFP Protección S.A., esto es, 9 de noviembre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: *"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen".*

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió ING hoy AFP Protección S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 23 de julio de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen

de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Colfondos S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

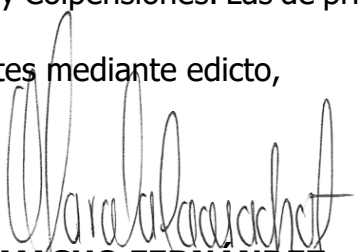
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

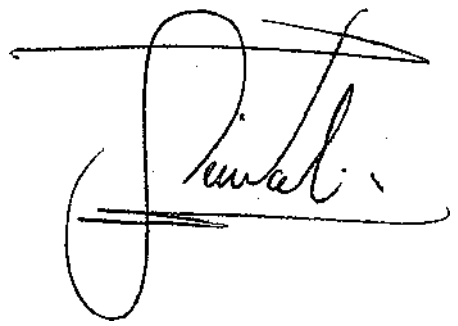
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de AFP Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



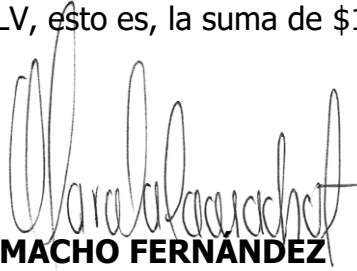
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NUBIA FORERO FONSECA
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-021-2021-00612-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nubia Forero Fonseca instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar el valor de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde junio de 1980; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 1 de junio de 1994; que Porvenir S.A. no le suministró ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión; que elevó derecho de petición con radicado 2021_6234922 ante Colpensiones el 1 de junio de 2021 solicitando la nulidad del traslado; que hizo solicitud ante la AFP Porvenir S.A. de traslado de régimen, y en los dos casos fue negada. (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos, pág. 7 a 21)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 08NotificaciónAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiese hecho incurrir en error o que exista algún tipo coacción en la afiliación, o que el fondo de pensiones haya omitido con su deber de información; tampoco se evidencia vicio del consentimiento error,

fuerza o dolo, ni inconformidad por parte de la actora, además, porque su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria, y la demandante se encuentra en la prohibición de la ley 797 del 2003 en su Art 2. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no precedencia del pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (Expediente electrónico07ContestaciónDemandaColpensiones. Pág. 3 a 41)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Se opuso a las pretensiones con sustento en que el traslado es plenamente válido y eficaz, según lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993, ya que fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños tal como se aprecia del formulario de vinculación; que el formulario de vinculación es un documento público que se presume auténtico; que la nulidad es susceptible de saneamiento mediante la ratificación; que no es procedente la devolución de gastos de administración, ya que estos también se descuentan en el régimen de prima media, y además se hacen por disposición legal, de igual forma la duración prolongada en el tiempo de la filiación al RAIS por parte de la demandante concluye su voluntad de permanencia dentro del mismo. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de la nulidad, excepción genérica, buena fe y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (expediente electrónico, /06ContestaciónDemandaPorvenir.pdf - Pág. 3 a 28)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Nubia Forero Fonseca al régimen de ahorro individual; condenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes y afiliarla sin solución de continuidad; declaró no probada las excepciones y condenó en costas a los fondos demandados.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual la afiliación debe ser libre y voluntaria, además, en la sentencia SL1373 de 2021, en la que se dijo que la información no puede ser cualquiera, sino debe ser relevante, oportuna y clara, no bastando con señalar ciertos caracteres de uno u otro régimen pensional, sino, que hay que explicarle al potencial afiliado cómo se obtienen, cómo se llega, de qué depende y bajo este entendido el fondo de pensiones debe mencionar lo bueno y lo malo con el fin de brindar información completamente transparente para que se pueda trasladar de uno a otro régimen previsional.

Señaló que el formulario no es suficiente para acreditar al deber de información con nivel de claridad, además, significó que la carga de probar está en el fondo de pensiones porque está en la obligación de hacerlo dado a que es un experto y profesional en la materia. Así las cosas, dijo que el fondo de pensiones no demostró haber brindado a la demandante información suficiente respecto del régimen al que se estaba trasladando, pues tan sólo conoció alguna de sus características, sin que haya sido clara y transparente.

Frente a las excepciones como la descapitalización del sistema no se afectaría debido a que Colpensiones recibiría todos los aportes, debidamente indexados, sin descuentos y con rendimientos. En relación con la excepción de prescripción la declaró no probada por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones Interpuso recurso de apelación señalando que dentro del proceso no obró prueba alguna que demuestre que hubo algún tipo de vicio del consentimiento; que la vinculación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria según el Art. 13 de la ley 100 de 1993; que el traslado afecta la sostenibilidad del sistema; que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar por escrito dicho traslado o información; que el traslado genera riesgo a las pensiones de los demás afiliados al sistema. En caso de que se declare la ineficacia se solicita que se devuelvan todos los gastos como los fondos de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, y gastos de administración y los demás que hubiera lugar; que no se condene en costa ya que Colpensiones es un tercero dentro del proceso de traslado de régimen.

5.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque de manera integral la decisión de instancia, ya que sin desconocer la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de justicia esta no se puede aplicar de manera homogénea debido a que todos los casos son distintos, y este caso no le aplica la reiteración de la Corte debido a que a la demandante sí se le brindó la información; que la demandante confesó que sí se le brindó la información tanto de las ventajas y desventajas del nuevo régimen; que para la fecha del traslado solo era necesario el formulario de vinculación donde se deja constancia expresa de la voluntad de la afiliada; que la demandante no obró con dedicación en cuanto a su cambio de régimen, debido a que a esta la correspondía indagar sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, y respecto a los gastos de administración resulta inequitativo devolver dichas sumas ya que estas son ocasionadas por el deber legal de la AFP y por esto se estaría dando un enriquecimiento sin justa causa; que no hay lugar a la indexación debido a que habría una doble condena.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que el traslado del actor se llevó a cabo de manera libre y voluntaria sin que mediara vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo del demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que el demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado; que en el evento de confirmarse la ineficacia, se ordene devolver de manera íntegra todos los conceptos debidamente indexados.

6.2 PORVENIR S.A.: Manifiesta que tal entidad cumplió con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para la época; que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que cualquier orden respecto de la devolución de gastos de administración resulta improcedente, debiéndose aplicar las restituciones mutuas, además tienen una destinación específica por mandato legal; que tanto los gastos de administración como los seguros previsionales resultan improcedentes ordenar su devolución y para ello debe tenerse en cuenta los conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia y lo previsto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008; que ordenar la indexación constituye una doble condena a cargo de la AFP.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información, conforme la línea

jurisprudencial que tiene la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Nubia Forero Fonseca se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el junio 1980 con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1994 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (Expediente electrónico- 07ContestaciónDemandaColpensiones.pdf); que se trasladó a Porvenir S.A. el 23 de mayo de 1994, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico 06ContestaciónDemandaPorvenir.pdf)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se

enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 23 de mayo de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada

a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

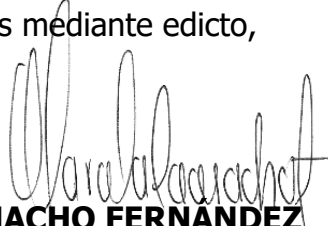
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

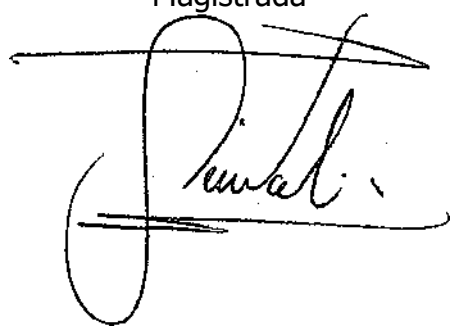
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

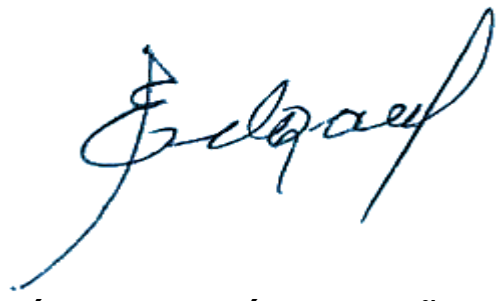
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS ENRIQUE MALDONADO MUETE
Demandados: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Radicación: 026-2019-00598-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Enrique Maldonado Muete instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo privado trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba al demandante y lo mantenga afiliado sin solución de continuidad, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 1° de julio de 1957 y que comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el 1° de septiembre de 1978; que se trasladó a Colfondos S.A. el 30 de agosto de 1996; que Colfondos S.A. no le suministró ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que el actor se le hubiese hecho incurrir en error o que exista algún tipo coacción en la afiliación, o que el fondo de pensiones haya omitido con su deber de información; tampoco evidenció vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, ni inconformidad por parte del demandante, además, porque su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buen fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

3.2. AFP Colfondos S.A.: Se opuso a las pretensiones con sustento en que el traslado es plenamente válido y eficaz, ya que fue producto de una decisión informada, libre de

presiones o engaños, tal como aprecia del formulario de vinculación; que el formulario de vinculación es un documento público que se presume auténtico; que la nulidad es susceptible de saneamiento mediante la ratificación; que no es procedente la devolución de gastos de administración, ya que estos también se descuentan en el régimen de prima media, y además se hacen por disposición legal; y que no existe razón para generar la ineficacia ya que en los dos regímenes va a obtener el derecho pensional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago..

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Carlos Enrique Maldonado Muete al régimen de ahorro individual; condenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes y contabilice todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probada las excepciones y condenó en costas al fondo demandado.

Fundamentó su decisión bajo los preceptos de los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil, aduciendo que el acto jurídico de traslado respecto al cual se alega la nulidad adquiere firmeza después de cuatro años de su realización, por tratarse de una nulidad relativa fundamentada en un vicio del consentimiento. Dijo que de conformidad con el precedente de la Sala de Casación Laboral y los artículos 3° del literal B y 271 de la Ley 100 de 1993, las administradoras tienen el deber de dar a conocer todos los riesgos al momento de hacer un cambio de régimen y su vez los beneficios que obtendría al hacer dicho traslado.

Expresó que la entidad debía demostrar que brindó información, para que el actor tomara una decisión libre y voluntaria; y el simple consentimiento emitido en el formulario de afiliación no es suficiente en estos casos tiene que evidenciar que existió un consentimiento debidamente informado y este deber recae sobre el fondo de pensiones. Teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados al proceso refirió que no se concluye que la AFP hubiera brindado el deber de información necesario para que el afiliado conozca los riesgos y beneficios plenos de cada régimen, ya que el formulario que firmó no es suficiente para colegir que se le brindó toda la información.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el deber de información brilló por su ausencia, motivo por el cual, no tuvo un conocimiento certero sobre las reales ventajas y desventajas de su traslado.

5.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Carlos Enrique Maldonado Mueete se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 22 de mayo de 1996, con cotizaciones hasta el 1 de septiembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por la entidad; que se trasladó a Colfondos S.A. el 30 de agosto de 1996, mediante la suscripción del formulario núm. 772604, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben

garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a Colfondos S.A., esto es, 30 de agosto de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica

de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un

consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado**

a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de esos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

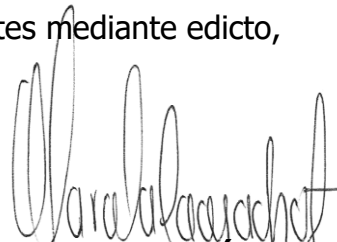
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR a COLFONDOS S.A.** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

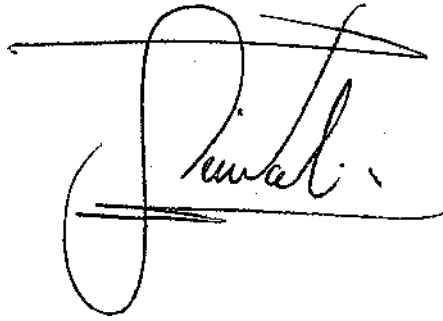
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MERCEDES FORERO LEÓN
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 23-2021-00451-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Mercedes Forero León instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A. con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado que realizó al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo privado a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones, asumiendo todos los costos administrativos que se generen en la devolución. Así mismo, pide lo que resulte probado extra y ultra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que venía afiliada al régimen de prima media administrado por el ISS del 23 de octubre de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1994; fecha a partir de la cual se vinculó con la AFP Colpatria que fue subsumida y liquidada por Colfondos S.A., sin que le haya brindado asesoría al momento del traslado; que elevó solicitud de traslado ante la AFP del RAIS y Colpensiones, petición que le fue resuelta de manera negativa.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado al RAIS no cuenta con circunstancias que hayan viciado el consentimiento de la actora; que el traslado presenta plena validez; que aquella de manera libre y espontánea decidió no continuar afiliada al régimen. Como excepciones de mérito rotuló las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y genérica.

3.2. Colfondos S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que la demandante se trasladó con la AFP Colpatria, entidad que no tiene vínculo jurídico con el fondo de pensiones; que la afiliación con Colfondos S.A. se dio hasta el 27 de octubre de 1999; que al momento del traslado sí se le brindó la asesoría de manera integral y completa respecto de la decisión de trasladarse de régimen; que firmó formulario de vinculación de manera libre y voluntaria; que la demandante no informó de las inconformidades con el régimen en los tiempos establecidos. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS; ratificación de la actora al fondo de pensiones COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción y la compensación y pago (Expediente Digital Fols. 183 a 202)

3.3. AFP Porvenir S.A. Llamada en calidad de litisconsorte necesario por el juez de primera instancia, en la oportunidad legal manifestó que presenta oposición a todas las pretensiones, sosteniendo que la demandante desconoce la afiliación realizada el 6 de septiembre de 1994 con la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A.; que se asesoró a la parte actora al momento del traslado; que reflejo de lo anterior firmó formulario de vinculación; que la demandante se encuentra inmersa en la restricción del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo rotuló las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica. (Expediente Digital Fols. 740 a 769)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de septiembre de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes y rendimientos financieros, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexados; autorizó el descuento del dinero transferido a COLFONDOS S.A. con ocasión al traslado de la demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a la AFP Porvenir S.A.

La decisión de la Juez se basó en que de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1604 del Código Civil, junto con lo expuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 31989 de 2008 se encuentra en cabeza de las AFP el deber de proporcionar la información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen respecto del afiliado. De igual forma señaló que la jurisprudencia ha establecido la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado con el fin de que sea la AFP quien demuestre que se brindó la asesoría correspondiente; además estableció que la ineficacia puede acreditarse estando o no beneficiado al régimen de transición y estando próximo a pensionarse; no obstante, en el caso concreto no se demuestra por parte de las AFP demandadas que se haya indicado las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para el año de la afiliación; que si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma, se entiende como insuficiente para acreditar el cumplimiento de brindar la información. En el mismo sentido se observa que en el interrogatorio de parte no se logró la configuración de la confesión por parte de la demandante sobre los contenidos expuestos en el curso de la asesoría.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **AFP Porvenir S.A.**, quien solicita que se revoque la sentencia de primera instancia justificando que la Ley 100 de 1993 expone en su totalidad las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de aportes en ambos regímenes, luego al ser esta una norma promulgada, la ignorancia de la misma no exime su cumplimiento, salvo que pruebe las circunstancias que le impidieron conocer la misma. Indicó que la demandante debía

conocer la información previa a la realización del traslado, sin que se aduzca el abuso por parte de Porvenir S.A.

Por otro lado, manifestó que los gastos de administración son conceptos autorizados a descontar por parte de las AFP, representada en la buena gestión de los recursos por parte de la misma; en este sentido el autorizar la devolución de estos conceptos generaría un enriquecimiento sin causa dado que no existe norma que ordene tal devolución; de igual forma estos gastos no financian la prestación de la afiliada y en consecuencia se entienden como parte de los fondos privados como contraprestación; adicional a lo anterior arguyó que la afiliada de haber permanecido en el RPM, también le serían descontados los gastos de administración de la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que estos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de prescripción; es por esto que en caso de confirmarse la restitución de sumas diferentes a las de la cuenta de ahorro individual, solicita la compensación de estas condenas; en caso de ordenar la restitución de rendimientos financieros, se solicita descontar las restituciones mutuas a las que haya lugar; finalmente, considera que el traslado de los valores indexados no resultan procedentes como quiera que se condenó a reintegrar los rendimientos causados, por lo que se estaría condenando dos veces por el mismo rubro.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor resaltando la negligencia de los fondos privados al momento de su traslado, sobre la insuficiente información acerca de los términos y condiciones en que podía adquirir el derecho a la pensión.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

6.3. Colpensiones. En su escrito de alegaciones esgrimió que, respecto a la validez del contrato de afiliación, se vislumbra que el mismo fue aceptados por la accionante cuando lo suscribió, entendiéndose así que aceptó el traslado de régimen y sus condiciones, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 modificado por Decreto 1833 de 2016.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por AFP Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Mercedes Forero León se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 23 de octubre de 1987, con cotizaciones hasta el 19 de junio de 1994 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones; quien se trasladó de régimen a AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. el 6 de septiembre de 1994, según formulario de afiliación núm. 043105, dicha afiliación se hizo efectiva en octubre del ya referido año y hasta el mes de noviembre de 1999, según historia laboral expedida por la misma entidad; posteriormente se trasladó a Colfondos S.A. el 3 de noviembre de 1999, según formulario de afiliación núm. 7254014, dicha afiliación se hizo efectiva el mes de diciembre del año ya referido donde se encuentra actualmente.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente

verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., esto es, 6 de septiembre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió ING hoy AFP Protección S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de

haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 23 de julio de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado**

a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional,

el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

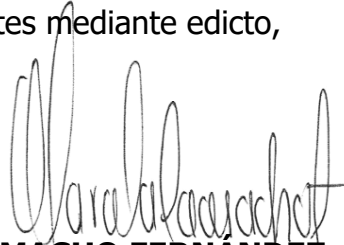
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

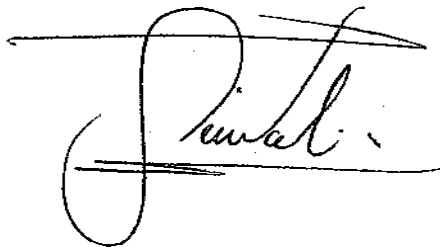
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

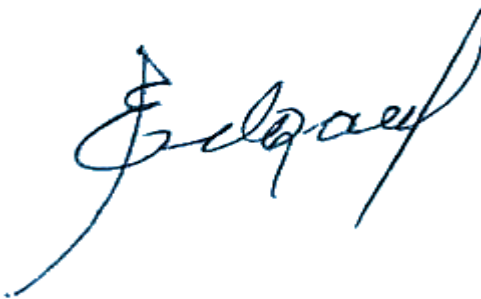
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: IVONNE ELIZABETH ZAMBRANO GÓMEZ
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 07-2019-00132-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ivonne Elizabeth Zambrano Gómez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A., con el fin de que se declare la nulidad de traslado realizado el 30 de septiembre de 1995 y, en consecuencia, solicitó que se ordene al fondo de pensiones devuelva todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con destino a Colpensiones; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició su vida laboral el 1 de febrero de 1983 con cooperativa militares, afiliándose a Cajanal hasta el 30 de septiembre de 1995, data a partir de la cual se trasladó al RAIS, en tanto que la visitó un asesor ofreciendo mejores condiciones a las que le ofrecía el RPDM, sin haberle manifestó el capital para ser acreedora a la pensión vitalicia; ni le hizo una proyección de pensión mostrando la diferencia entre ambos regímenes, es decir, no le presentaron información clara, para tomar la mejor decisión.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (EXP 01) (fol. 61); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo no hay prueba alguna de que a la demandante se hubiera hecho incurrir en error, por falta de información o algún vicio del consentimiento. Evidenció que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público u genérica.

3.2 AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es válido, exento de vicios de

consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, aunado por cuanto a que cumplió con su deber de asesorar y acompañarla y en ningún momento la engañó, ni mucho menos la obligó a afiliarse a la entidad, suministrándole una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, en la cual, la demandante pudo obtener la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad e ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica (fol. 4 a 24).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de junio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante el 30 de septiembre de 1995. Ordenó al fondo de pensiones demandado a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por Colpensiones. Condenó al citado demandado la devolución de todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPMPD al demandante desde su afiliación inicial al ISS. Por último, condenó en costas únicamente a la AFP Protección S.A.

Para arribar a tal determinación afirmó que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de tramitar el traslado de los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en aplicación al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993. Refirió que siempre ha existido el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la citada Corporación, lo cual se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil. Refirió que tales condiciones no han sido demostradas en el plenario, debiendo por tanto impartir condena en el sentido de declarar la ineficacia del acto.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando que el A quo basó sus inferencias sobre la negación indefinida expresada por la parte demandante dentro del escrito de demanda, no obstante, la declaratoria de la ineficacia no debe ser basada en solo ello, en tanto que ni siquiera se tiene claridad no se le haya brindado la información. Indicó que no puede exigirse para el perfeccionamiento de un negocio jurídico, algo que para esa época la normatividad no contemplaba, además, la parte demandante no pudo acreditar un mínimo de cuidado, por lo que no puede hablarse de que el traslado se le produjo un daño.

6. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encuentra en la prohibición legal descrita en la Ley 797 de 2003. Dijo que se está frente a un error sobre un punto de derecho, que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto

jurídico, por no tratarse de un error dirimente o de nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Pese a que en la demanda se dijo que la actora se encontraba afiliada a la Cajanal, encuentra demostración en el plenario, en armonía a lo registrado en la historia laboral expedida por Colpensiones, que aquella se vinculó a la citada entidad desde el 1 de febrero de 1983, con cotizaciones hasta el 1 de agosto de 1994; quien se trasladó de régimen a AFP Protección S.A. el 20 de septiembre de 1995, según formulario de afiliación núm. 1010161282, donde actualmente sigue afiliada según historia laboral expedida por la misma.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores**

financieros, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

consejo y doble asesoría.	Circular Externa n. 016 de 2016	
---------------------------	---------------------------------	--

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, 20 de septiembre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)"*.

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto propuesto por Colpensiones.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir

la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP

codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo señaló el fallador de primer grado.

9. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

10. Costas. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

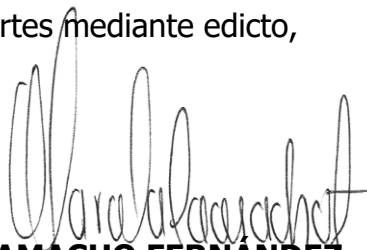
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

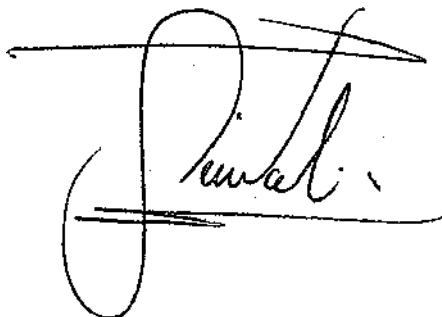
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

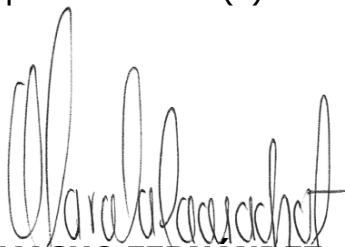


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada