

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE MARLENY HURTADO CONTRA LILBERTO CRISTANCHO AVENDAÑO*

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 8 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Marleny Hurtado, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Lilberto Cristancho Avendaño, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 1º de enero del 2015 al 14 de junio de 2017, el cual finalizó por mutuo acuerdo. En consecuencia, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones, causados en vigencia de la relación laboral; junto con la sanción consagrada en el artículo 65 CST; la sanción por no consignación de cesantías de los años 2015

y 2016; los aportes pensionales; la indexación de las sumas; lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 009 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 12 de septiembre de 2012 comenzó a laborar, mediante contrato de trabajo a término indefinido, en el establecimiento de comercio Miscelánea Petete, propiedad de Lilberto Cristancho Avendaño; desde el 1º de enero de 2015 hasta el 14 de junio de 2017 no le fueron pagadas sus prestaciones de orden económico; las partes acordaron que el pago del salario se realizaría mensualmente y que sería equivalente a un smlmv, más auxilio de transporte y horas extra; el 14 de junio de 2017 resolvieron, por mutuo acuerdo, terminar la relación laboral; el 25 de junio de 2019 el demandado fue citado a audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo, audiencia a la cual no compareció ni presentó excusa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, el accionado no presentó escrito de contestación, pese a que fue debidamente notificado; razón por la cual mediante auto del 19 de enero de 2022 se le tuvo por no contestada la demanda (archivo 013 del expediente digital).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 30 de enero de 2015 al 14 de junio de 2017. Condenó al accionado a reconocer y pagar a la actora las siguientes sumas y conceptos: \$1.739.725,00 por auxilio de cesantías, \$172.362,00 por intereses a las cesantías, \$1.739.725,00 por concepto de prima de servicio, \$973.627,00 como compensación en dinero de vacaciones; junto con los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre lo adeudado por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios a partir del 15 de junio del año 2017 hasta el momento en que se realice el pago total de la obligación. Condenó al demandado al pago de la indemnización consagrada en el artículo

99 de la Ley 50 de 1990 en cuantía de \$8.388.369,00 por no consignación de cesantía del 2015, y \$2.950.867,00 por no consignación de cesantías del año 2016. Condenó al pago del cálculo actuarial liquidado por Colpensiones a favor de la demandante, por el periodo comprendido entre el 30 de enero de 2015 y el 14 de junio de 2017, tomando como salario base de liquidación el mínimo legal mensual vigente; advirtiéndole que el cálculo actuarial no admite pago directo. Condenó en costas al extremo demandado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandada interpone recurso de apelación argumentado que en ningún momento desconoció el vínculo laboral que existió con la accionante, pese a ello, refirió que la empresa se encontraba en una situación económica difícil, que impidió el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Agregó que nadie está obligado a lo imposible y que su actuar siempre ha estado revestido de buena fe, por lo que solicitó que se le absuelva de la sanción moratoria.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandada presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la parte demandada al momento de sustentar su recurso de apelación.

NEXO LABORAL

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 30 de enero de 2015 al 14 de junio de 2017. De igual manera, quedó establecido que Lilberto Cristancho Avendaño adeuda a Marleny Hurtado los salarios y prestaciones sociales que fueron objeto de condena

en primera instancia. Lo anterior encuentra respaldo probatorio en lo aceptado por el demandado al absolver interrogatorio de parte. Supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA – CRISIS ECONÓMICA DEL EMPLEADOR

La parte demandada apela la decisión de primer grado indicando que su actuar estuvo revestido de buena fe, ya que, la crisis económica por la que atravesó la empresa le impidió pagar las prestaciones sociales en favor de la actora. Por tal razón, no hay lugar a imponer condena al pago a sanción moratoria.

Pues bien, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, no es de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales lo exonera de la indemnización moratoria. Así, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es, probar que actuó de buena fe, la cual no se presume. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma [art. 999 de la ley 50 de 1990], al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (art. 55 del CST), sino también por principio, porque, la buena fe, que aunque no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que, la buena fe con una mayor relevancia en el área del derecho del

trabajo, no se limita a determinada obligación u obligaciones o al conjunto de las obligaciones que abarque a las dos partes, sino que es, como bien lo define el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez en su Curso de Derecho Laboral, la buena fe lealtad, se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. "Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Conlleva la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones. La buena fe que debe regir como principio del derecho del trabajo es la buena fe lealtad, o sea, que se refiere a un comportamiento y no a una mera convicción", destacando que este principio alcanza a ambas partes del contrato y no sólo a una de ellas.

En el sub examine, alega la parte recurrente que la crisis económica de la empresa le impidió pagar las prestaciones sociales en favor de Marleny Hurtado. Sobre esta excusa o justificación, encuentra la Sala que, esa circunstancia por sí misma no prueba la buena fe en el actuar del empleador, que lleve a la exoneración de la sanción en estudio, toda vez que ello es un riesgo que debe asumir el empleador y no el trabajador, puesto que éste no asume las consecuencias de los riesgos o pérdidas del empleador (art. 28 del CST). Además, no se acreditó dicha circunstancia exonerativa. Al efecto, vale la pena traer a cuento lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de enero de 2012, radicado No. 37288 en la que recordó que:

"...la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria, en tanto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; quiebra del empresario que en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De tal modo, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)..." (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393)"

El anterior criterio fue reiterado en la sentencia SL845 del 17 de febrero de 2021, en la que, además, señaló que la crisis financiera de la empresa no constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones, “dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales”; sin que el accionado hubiese cumplido con esta carga probatoria.

Por otro lado, como se explicó en líneas anteriores, el artículo 65 del CST exige al empleador que, a la terminación del contrato de trabajo, salde cualquier obligación pendiente con el trabajador por concepto de salarios y prestaciones sociales; de tal suerte, es un imperativo para el empresario pagar de manera completa en ese instante las acreencias laborales debidas, constituyéndose en una protección legal a favor del empleado, para que, una vez cesante, pueda disponer de los dineros para la satisfacción de sus necesidades materiales.

Ello no desconoce la posibilidad o el hecho de que el empleador, frente a alguna eventualidad física, económica o jurídica, no pueda satisfacer al instante las acreencias laborales debidas o el pago incompleto, pero, para aceptar cualquier excusa, le corresponde al deudor acreditar esas precisas circunstancias que lo pongan en el terreno de lo razonable, ya que, como lo ha explicado suficientemente la jurisprudencia laboral, para evitar la aplicación de la sanción moratoria, el empleador debe aportar razones satisfactorias y justificativas de su conducta; de tal manera, que no basta alegar la crisis económica, porque se requiere establecer la verdadera imposibilidad de pago ante esa flaqueza.

Entonces, como el demandado no acreditó las razones de peso que sustentaran la omisión en el pago de las prestaciones sociales de la actora a la finalización del vínculo laboral, se impone confirmar la decisión de primer grado en este punto.

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

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo del demandado. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$400.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE LUIS GUILLERMO CASTRO SUAREZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas
contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintitrés
Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en
consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Luis Guillermo Castro Suárez, actuando por intermedio de apoderada judicial,
demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP
Porvenir SA, para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al RAIS,*

dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a devolver a Colpensiones el saldo total de su cuenta de ahorro individual, incluidos aportes obligatorios y voluntarios, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses. De igual manera, se ordene a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar su historia laboral. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 22 de marzo de 1961; cotizó al ISS desde el 2 de enero de 1992; en octubre de 2003 fue visitado por un asesor de la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, para que trasladara sus aportes al RAIS; el asesor no le brindó información clara, suficiente, oportuna y concreta sobre los beneficios y desventajas de su traslado de régimen; presentó reclamación ante Porvenir SA solicitando la nulidad e ineficacia de su traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones 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 adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las

excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 11 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, junto con los rendimientos causados sin la posibilidad de descuento alguno, incluidos gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a recibir al demandante en el RPMPD, como si nunca se hubiera retirado y a corregir su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que la devolución de las sumas indexadas es incompatible con la devolución de los rendimientos; asimismo, petitionó que se apliquen las restituciones mutuas.

Colpensiones manifestó que no existió falta al deber de información, ya que todo lo concerniente a la materia se encuentra contemplado en la Ley 100 de 1993; aunado a que la declaratoria de ineficacia de traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso, además de señalar que el acto

jurídico de traslado goza de plena validez, ya que se realizó de manera libre y suministró al accionante información necesaria y suficiente.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP Porvenir SA en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe a revisar las inconformidades planteadas respecto de la incompatibilidad entre la indexación y los rendimientos, la aplicación de las restituciones mutuas, la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, así como la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; por lo que no es procedente dar aplicación a las restituciones

mutuas en el sub examine. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordenó la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del

régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por las AFP accionadas, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada, en los términos ya indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal

trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de sus recursos, se le impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones y a Porvenir S.A., siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable

compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en esta providencia; conforme a lo considerado.*

Segundo.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Tercero.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Cuarto.- *Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00 a cargo de cada una de ellas, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

 *Aclaro voto*
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE ERIKA MALLERLY SILVA MARTÍNEZ CONTRA COMPENSAR EPS.*

*En Bogotá, D.C., a los treinta y uno (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la
presente audiencia dentro del proceso referenciado, el Magistrado Sustanciador la
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra
la sentencia proferida el 15 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco
Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

*Erika Mallerly Silva Martínez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a
Compensar EPS, para que se declare que contaba con la cobertura del sistema de
seguridad social en salud; asimismo, se declare que la EPS Compensar debe cubrir
los gastos médicos y hospitalarios en que incurrió. En consecuencia, se condene
a dicha demandada al pago de \$17.751.0634.00 por concepto de gastos médico
asistenciales derivados de hospitalización en el Hospital Universitario San Rafael;
que se ordene al Hospital Universitario San Rafael a devolver la suma de
\$7.400.000.00 entregada en calidad de anticipo, así como la devolución del
pagaré firmado por sus familiares como garantía de pago de los servicios médicos
prestados.*

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis indica que se encuentra vinculada a sistema de seguridad social en salud a través de la EPS Compensar; que en agosto de 2018 se realizó intervención quirúrgica de carácter estético; que, el 11 de agosto de 2018, como consecuencia de la intervención quirúrgica, presentó fiebre, escalofrío, secreción y dolor en las partes afectadas, por lo que tuvo que acudir al Hospital Universitario Clínica San Rafael; que el Hospital exigió a sus familiares la firma de un pagaré como garantía del pago de los servicios médicos; que, mediante fallo de tutela, se ordenó a la EPS Compensar brindarle todos los servicios médicos que necesitara; que, el Hospital Universitario San Rafael emitió facturación por valor de \$17.751.634.00 por concepto de servicios prestados, exigiendo un abono de \$7.400.000.00 para permitir su salida; que presentó derecho de petición ante la EPS Compensar, solicitando dar cumplimiento al fallo de tutela y al Hospital Universitario San Rafael la devolución de la suma pagada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

El Hospital Universitario San Rafael, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 10 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó que la accionante acudió a esa institución, el 11 de agosto de 2018, por una intervención estética; la existencia del pagaré; la acción de tutela, el abono realizado y los derechos de petición, sobre lo restantes manifestó que no eran ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y la genérica.

Compensar EPS, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls 86 a 98 del archivo 1 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó que la accionante se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en salud, así como el procedimiento estético al cual se sometió, los servicios prestados por el Hospital Universitario Clínica San Rafael, la acción de tutela interpuesta y el derecho de petición presentado solicitando el cumplimiento del amparo, sobre los restantes manifestó que no son ciertos y que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó ausencia de cobertura de servicios de salud - de las exclusiones del sistema

general de seguridad social en salud, cumplimiento de obligaciones contractuales por parte de Compensar EPS, improcedencia del reembolso por ausencia de requisitos legales, improcedencia de aplicación de jurisprudencia constitucional al litigio ordinario laboral, improcedencia del pago de los servicios de salud al Hospital Universitario Clínica San Rafael.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 25 del expediente digital), en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte actora la recurrió. Adujo que, no existía evidencia de que la EPS Compensar hubiera cubierto los gastos de urgencias, por el contrario, todo el procedimiento lo tuvo que asumir por su cuenta, lo cual era una verdadera urgencia, pues ingresó al Hospital Universitario con una afectación a su salud, que incluso, como lo demuestra la historia clínica, tuvo que pasar por cuidados intensivos e intermedios; que el sistema de salud no discrimina o excluye a un usuario por el hecho de haberse practicado una intervención estética que al postre resultó adversa, ya que, lo importante es recuperar la condición de salud cuando está en riesgo ante las complicaciones, por lo que, esos servicios asistenciales tenía que asumirlos dicha EPS. Con base en ello, solicitó que se revoque la decisión absolutoria, y en su lugar, se acceda a las pretensiones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, el extremo demandante reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación. A su vez, Compensar EPS solicitó que se confirme la sentencia de primer grado teniendo en cuenta que la accionante al afiliarse al régimen contributivo de Compensar se obligó a cumplir las condiciones de este régimen, entre las cuales se encontraban algunas situaciones que no eran cubiertas por el sistema de salud.

Por su parte, el Hospital Universitario Clínica San Rafael manifestó que a la accionante se le brindaron todos los servicios médicos requeridos que se originaron como consecuencia de un procedimiento estético y que dichas complicaciones no se encuentran cubiertas por el Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo que solicita, se confirme la decisión de primera instancia.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS-COMPLICACIONES POR CIRUGÍAS O PROCEDIMIENTOS ESTÉTICOS

La demandante reclama la devolución de la suma abonada al Hospital Universitario Clínica San Rafael y el pago por parte de la EPS Compensar de los servicios médicos prestados por dicho hospital, como consecuencia de las complicaciones en la intervención estética realizada en agosto de 2018, en razón a que, según lo expuso en la apelación, si bien los servicios médicos prestados se dieron como consecuencia de una intervención quirúrgica de carácter estético denominada “suave brisa”, los mismos no tienen carácter santuarios, dado que, su objetivo principal era la recuperación de la salud por cuenta de dichas complicaciones.

El a quo negó las súplicas de la demanda, porque en su criterio, el procedimiento quirúrgico denominado “suave brisa” al cual se sometió la accionante no fue producto de una recomendación de un médico tratante; tampoco tenía como propósito mejorar una condición clínica; no fue ordenada mediante acción constitucional para mejorar el desempeño física; no se recomendó por un profesional para tratar afecciones de tipo psicológico, ni para mitigar algún tipo de condición médica, por ende, según el juzgador, dichos servicios asistenciales prestados a la accionante, encajaban dentro de la exclusión prevista en el literal

a) del inciso 2° del artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que refiere que no se podrán financiar dichos servicios cuando "(...) tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas", y como la atención médica no fue producto de un desgaste funcional del organismo, y si más bien, del manejo "irresponsable" al someterse a un tratamiento no amparado por disposiciones legales y mucho menos con respaldo científico, la demandante debía asumir las consecuencias de su conducta. Agregó, que el amparo dispensado en la acción de tutela, estuvo condicionado a una orden médica o tratamiento del médico tratante, más no para garantizar un procedimiento estético mal efectuado.

Para resolver lo pertinente, cumple recordar que la Ley 1751 de 2015, además de consignar el derecho a la salud como servicio esencial, fundamental y autónomo, adoptó como criterio general, la cobertura y acceso a todos los medicamentos, servicios, procedimientos y tecnologías que estén cubiertos por el plan de beneficios, salvo los que se encuentran expresamente excluidos, es decir, que, en principio, el sistema de garantizar una atención integral y propender por la prevención, promoción y recuperación de la salud, por ende, como lo prevé el artículo 8°, (...) los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. // En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada", y por excepción se excluye la prestación de algunos servicios y tecnologías con cargo a los recursos públicos.

Esas restricciones se encuentran expresamente contempladas en el artículo 15 de la norma, así:

El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;*
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.*

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-313 de 2014, al realizar el control previo de la aludida ley y hallarla ajustada al ordenamiento jurídico, sobre el tema de las exclusiones, explicó que tales limitaciones eran constitucionalmente admisibles, ya que tenían el propósito de salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de salud, pero, por tratarse de una excepción, tales restricciones tenían que estar plenamente determinadas. Preciso allí:

“Para la Corte, la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. Si el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas.”

Y cuando se refirió a la exclusión del literal a) de la norma, esto es, sobre los servicios y tecnologías en los que se advierta el criterio de propósito cosmético o suntuario como finalidad principal y no esté relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, sostuvo que, aunque tal criterio estaba acorde con la norma superior, la existencia de

peculiaridades hacen inviable su aplicación en aras de garantizar los derechos a la vida, la integridad personal y al dignidad, es decir, que no se trataba de una regla inmutable, ya que había que analizar cada caso en aras de hacer prevalecer las garantías superiores; de ahí que haya señalado en dicha sentencia que, “(...) lo estipulado en el literal analizado se ajusta a la Constitución, siempre y, cuando dada las particularidades del caso concreto, no se trate de situaciones que reúnan los requisitos establecidos por la jurisprudencia para excepcionar lo dispuesto por el legislador y en el caso concreto, no se afecte la dignidad humana de quien presenta el padecimiento. Por ende, acorde con las precisiones hechas se declarará la constitucionalidad del mandato evaluado, pues, se trata de un criterio, sujeto a ser inaplicado en los casos y con las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado”.

De igual manera, en el asunto cobra especial relevancia entender de qué se tratan las cirugías o intervenciones estéticas, ya que la jurisprudencia constitucional ha distinguido aquellas que son simplemente suntuarias o que tienen como propósito mejorar la apariencia, de las que tienen como propósito reconstruir o que aparejan una finalidad funcional ordenada por el médico tratante. Así, en sentencia T-579 de 2017, indicó el alto Tribunal:

“A partir de este tipo de lineamientos se puede advertir que en el tema concreto de las cirugías plásticas existen dos tipos de intervenciones quirúrgicas muy distintas. Por una parte, las consideradas de carácter cosmético, de embellecimiento o suntuarias, cuya finalidad última es la de modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo con el fin de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza. Por otra parte, se encuentran aquellas intervenciones quirúrgicas cuyo interés es el de corregir, mejorar, restablecer o reconstruir la funcionalidad de un órgano con el fin de preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y digna, así como también con el fin contrarrestar las afecciones psicológicas que atentan también contra del derecho a llevar una vida en condiciones dignas.

Es entendible en consecuencia que las cirugías plásticas con fines meramente estéticos no pueden estar cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud (antes Plan Obligatorio de Salud), como en efecto así se contempla. Incluso en este tipo de cirugías plásticas, los efectos secundarios que de ellas se deriven tampoco se podrán asumir con cargo al PBS. Ciertamente, la norma se refiere a todos aquellos efectos previsibles de acuerdo a las técnicas utilizadas y los diferentes factores científicos y humanos que si bien puede ser calculados no se pueden prevenir.”

En esta misma sentencia, se hizo claridad sobre, si con cargo a los recursos públicos estaba la prestación de los servicios asistenciales por cuenta de re intervenciones con el objetivo de corregir efectos secundarios o complicaciones derivadas de previas cirugías estéticas o de embellecimiento. La Corte señaló que, en principio, no, o mejor, que, cuando se trata de situaciones previsibles científicamente que fueron dadas a conocer al paciente, o que solo intenten

acomodarse al gusto del usuario, nada de ello tendría que ser asumido por el sistema, pero, cuando ello desborda ese simple interés y está comprometida la vida y la integridad personal, se requiere de una intervención directa y, por lo tanto, el sistema debe operar. Así lo definió la Corte:

“En este punto, cabría señalar dos aspectos importantes. Por una parte, resulta coherente tener por excluidas aquellas reintervenciones plásticas derivadas de una previa cirugía estética, cuando las complicaciones que se pretenden atender son consecuencias que fueron previsibles y contempladas científicamente desde un principio y que las mismas fueron explicadas al paciente al momento de su primera intervención quirúrgica. Ciertamente, problemas de cicatrizaciones difíciles o defectuosas, procesos inflamatorios o infecciosos, o la misma inconformidad del paciente con el resultado obtenido, no tendrían la posibilidad de ser asumidas con cargos a los recursos de la UPC.

Sin embargo, cuando los efectos secundarios o las complicaciones derivadas de una cirugía estética, comprometen muy gravemente la funcionalidad de los órganos o tejidos originalmente intervenidos o de otros órganos o tejidos del cuerpo que no fueron objeto de dicha cirugía inicial, esa circunstancia desborda el alcance de lo que podría entenderse como efectos secundarios o complicaciones previstas científicamente para cada tipo de cirugía estética, en cuyo caso se impone la necesidad dar una interpretación a la norma que excluye la atención en salud a la luz de los principios pro homine y de integralidad del servicio de salud.

El supuesto que se acaba de plantear corresponde al caso en que se encuentra severamente comprometida la funcionalidad de la parte del cuerpo que originalmente fue intervenida con fines netamente estéticos, pero cuyos complicaciones impactan gravemente su funcionalidad y la de otros órganos que no fueron objeto del tratamiento estético inicial, y que de no ser atendidos médicamente de manera oportuna y eficaz, podría llevar al compromiso serio de la salud o de la vida misma.” (subrayado propio).

Conforme a lo anterior, el legislador no contempló la cobertura de servicios en salud en intervenciones cuyo objetivo sea modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo ni tampoco aquellas complicaciones que se generen como consecuencia de la misma, sin embargo, en aquellos casos en los que encuentre gravemente comprometida la salud del usuario como resultado de la intervención, será necesario prestar los servicios de salud en aplicación del principio pro homine, por lo que la Sala se remitirá al acervo probatorio para determinar si en el presente caso se cumplen los supuestos mencionados anteriormente.

Obra en el expediente historia clínica de la actora (archivo 14 del expediente digital) en la que se evidencian todos los procedimientos llevados a cabo desde el 11 de agosto de 2018, fecha en que ingresó por urgencias al Hospital Universitario Clínica San Rafael en la que se indica:

“Paciente femenina de 25 años quien hace 9 días fue sometida a procedimiento estético (“suave brisa”) en el cual se extrae grasa de región abdominal y se inyecta en glúteos.

Refiere desde hace 4 días fiebre asociado a secreción purulenta por herida en región sacra. Manejada en centro estético con gentamicina (día 3). Sin embargo, dado persistencia del cuadro decide consultar. Sin antecedentes relevantes. Al examen físico paciente alerta, deshidratada, taquicárdica, febril, sin signos de dificultad respiratoria. paciente en buen estado general, alerta, hidratado, febril, sin signos de dificultad respiratoria. cabeza: isocoria normoreactiva, mucosa oral húmeda. Tórax: ruidos cardíacos rítmicos, murmullo vesicular conservado. Abdomen: blando, depresible, sin signos de irritación peritoneal. extremidades: simétricas, sin edemas. Neurológico: alerta, orientada, sin signos de focalización. piel y faneras: puntos de drenaje en región lumbar y sacra sin secreción activa, dolorosos a la palpación, región de eritema en región de pared abdominal derecha y región inguinal derecha, se palpa masa de consistencia blanda (sugestiva de posible absceso). Se considera paciente con celulitis (o posible absceso) secundario a procedimiento estético. **Se hospitaliza para manejo analgésico y antibiótico.** Se solicitan paraclínicos. control con resultados". (folio 4 *ibíd.* Resaltado propio).

Las complicaciones de salud sufridas por la accionante como consecuencia de la intervención estética realizada desencadenaron su hospitalización que se extendió hasta el 27 de agosto 2018. Así, durante el desarrollo de la misma, los médicos tratantes dejaron constancia del estado de salud de la actora, los procedimientos realizados, los medicamentos suministrados y su evolución, como se constata continuación:

El 12 de agosto de 2018, luego de su hospitalización y todavía en urgencias, la IPS dio el siguiente análisis:

"Paciente femenina de 25 años de edad, quien realizo procedimiento estetico 03/08/18, en donde se realiza extraccion de grasa abdominal y se realiza inserccion en zona glútea, con posterior presencia de rubor y edema en pared abdominal y zonaglutea, inicio manejo con dicloxacilina y cefalexina, sin mejoría razón por la cual consulta, al examen físico rubor y edema de paredabdominal predominio flanco derecho y gluteos, con induración en gluteo derecho, sospecha de absceso, se solicita ecografia de gluteos, pendiente pared abdominal, continua manejo medico instaurado (...)" (fl 16).

El 13 de agosto de 2018, el médico internista consignó:

"Paciente con signos inflamatorios locales extensos de abdomen, región lumbar y glúteos,. Se encuentra en manejo antibiótico hoy día 1, se solicita pcr para cálculo de LRINEC. El servicio de cirugía plastica considera paciente no es candidata a manejo quirurgico, por lo que se continuara evolucion y control ecografico. Se optimiza manejo para el dolor con hidromorfona. Se suspende tramadol. Se explica a la paciente y a familiar conducta a seguir, entiende y acepta."

El 14 de agosto de 2018, ante la revisión de la especialista en cirugía plástica, la galena concluyó:

"Pacienten de 25 años con celulitis en pared abdominal, secundaria a procedimiento estetico extrainstitucional, en cubrimiento antibitico con vancomicina + piperacilina tazobactam, en el momento estable hemodinamicamente sin respuesta inflamatoria sistémica, **sin embargo alto riesgo de deterioro clinico por lo cual debe continuar manejo intrahospitalario**, con control ecografico, proximo en 2 dias. Servicio de medicina

interna ajustó manejo analgesico. Pendiente PCR. continua vigilancia clinica. Se explica refiere entender y aceptar. (Resaltado propio).

Ese mismo día, el médico internista verificó que todavía existía inflamación en uno de los puntos afectados, pero ordena seguir el tratamiento con antibióticos, descartando en ese momento “fascitis necrotizante” o también denominada gangrena. Dijo allí:

“Paciente femenina con diagnosticos anotados previamente, al examen fisico se evidencian signos inflamatorios en disminucion sin embargo en flanco derecho se encuentran muy marcados. Se calcula LRINEC con puntaje de 5 improbable para fascitis necrotizante. Paciente que refiere inadecuada modulacion de dolor por lo que se realiza ajuste de hidromorfona a 0.7 mg cada 4 horas con restates de 0.3 mg. Ademas paciente refiere varios dias de ausencia de deposicon por lo que se adiciona manejo con bisacodilo. Se solicitan paraclnicos de control para calculo de LRINEC nuevamente el dia de mañana. Se continua manejo antibiotico hoy dia 2. Continuamos manejo conjunto con cirugia plastica. Se explica a la paciente conducta a seguir, entiende y acepta.”

El 15 de agosto, la accionante continuó en medicina interna y vigilancia clínica, pero la especialista en cirugía plástica ordenó exámenes para posibles drenajes quirúrgicos (fl 20 del archivo 14), aunque el médico internista indicó que en ese momento todavía persistía el proceso inflamatorio y el dolor (fl 21 ibíd.). El 16 de agosto, se inició el aludido drenaje aliviando el dolor, pero la especialista en cirugía plástica ordenó vigilia estricta (fl 22); aunque ese mismo día, se presentó complicación luego del aludido procedimiento, por lo que ingresó a “sala de reanimación para vigilancia clínica estrecha” (fl 25), adicionalmente, la cirujana plástica informó sobre “alto riesgo de fascitis necrotizante” y monitoreo las 24 horas por alto riesgo de deterioro clínico (fl 26).

El 17 de agosto, el área de cirugía plástica, si bien reconoce una leve mejoría ordena manejo interdisciplinario de la paciente por alto riesgo de fascitis necrotizante y complicaciones (fl 28), por lo que, se ordena traslado a cuidados intermedios (fl 29), además, se programa nuevo lavado quirúrgico (fl 32), incluso, para el 18 y 19 de agosto, aun se indica que la “(...) Paciente con alta sospecha de fascitis necrotizada, alto riesgo de deterioro hemodinámico que incluye la muerte, debe continuar manejo en unidad de cuidado intermedio”. (fl 36). El 20 de agosto, el área de cirugía plástica concluyó que no se requerían nuevos lavados quirúrgicos, y con un adecuado manejo del dolor; no obstante, para el 20 de agosto, medicina interna indicó que “(...) dado el riesgo de deterioro hemodinámico debe continuar vigilancia estricta en unidad de cuidado intermedio” (fl 40), y el 23, 24 y 25 de agosto se ordenó nuevo lavado quirúrgico, con vigilancia clínica estricta (fls 48, 49 y 50), aunque para el 26 de agosto, cirugía plástica consideró que la paciente ya había alcanzado una

evolución estable, lo mismo que una respuesta adecuada al tratamiento, hasta que, finalmente, para el 27 de agosto, el área de cirugía plástica dictaminó que se podía dar egreso a la paciente, en cuanto:

*“Paciente de 25 años con sepsis de tejidos blandos en modulada secundaria a celulitis en pared abdominal por procedimiento estetico extrainstitucional, en pop de drenaje y lavado quirurgico. **Quien cursa con evolucion satisfactoria**, sin signos de respuesta inflamatoria sistémica, estable hemodinamicamente, sin evidencia de colecciones, con mejoría de eritema y dolor, disminución del drenaje por drenes penrose, paraclínicos de control hemograma sin leucocitosis, sin neutrofilia, anemia sin rango transfusional, pcr negativa, función renal normal. Se valora paciente en junta cirujanos plasticas, quienes acuerdan dada mejoría, se considera paciente no tiene indicación de lavado quirurgico, en el momento. Ya finalizo manejo antibiotico. **Se considera paciente con adecuada evolucion, no requiere manejo intrahospitalario por lo que se da egreso con recomendaciones y signos de alarma, analgesia, se retiran dren de penrose. Se da orden de cita control en 3 dias con cirugía plastica.** Se explica conducta a la paciente y familiar refieren entender y aceptar. (Resaltado propio) (fl 52).*

De las constancias médicas citadas anteriormente concluye la Sala que se encuentra plenamente demostrado que la salud de la accionante se encontraba gravemente comprometida cuando ingresó el 11 de agosto de 2018, al punto que los especialistas constantemente advirtieron de una posible “fascitis necrotizante”, que, según la doctrina médica, consiste en “(...) una enfermedad muy grave en la cual se produce necrosis, gangrena o muerte de la piel, la grasa por debajo de la piel (llamado tejido celular subcutáneo) y el tejido que envuelve al músculo o fascia” y que “(...)De 10 pacientes con esta enfermedad casi la mitad mueren, requiere siempre de un manejo hospitalario. Se resalta que aquellas personas con condiciones de riesgo que presenten una infección rápidamente progresiva que no responda al tratamiento antibiótico instaurado, ante la sospecha de una fascitis necrozante deben consultar de inmediato por el servicio de urgencias¹”, por lo que, Erika Mayerly fue sometida a lavados quirúrgicos, manejo con antibióticos y estricta vigilancia en cuidados intermedios, debido a las posibles complicaciones. Lo que significa que, los servicios prestados por el Hospital Universitario Clínica San Rafael estaban direccionados a restablecer la salud de la actora, pues de no haberse realizado tales procedimientos se hubiera generado un grave riesgo para la vida.

Entonces, aunque es cierto lo señalo por el juzgador de primera instancia, al haber indicado que la accionante se sometió a un procedimiento estético, el cual, por regla general no está cubierto por el PBS, y sus complicaciones tampoco estarían cubiertas, como ocurre con los procesos infecciosos propios de una

¹ Tomado de la Asociación Colombiana de Dermatología y Cirugía Dermatológica.
<https://asocolderma.org.co/enfermedades-de-la-piel/fascitis-necrotizante>.

intervención invasiva, lo cierto es, que, como estas complicaciones trascendieron lo meramente estético, llegando a comprometer la salud, y poniendo en riesgo los órganos, que, sin una adecuada intervención, como lo adujeron los especialistas, la accionante podía presentar un cuadro grave de infección, es claro que, allí el funcionario desconoció el criterio jurisprudencial aplicable a este tipo de asuntos, consistente en interpretar esa regla de exclusión con el criterio pro homine, que implica que, aun cuando encaje dentro de alguna de las causales de exclusión, debe ordenarse la prestación o suministro (y como tal, debe ser asumido por el sistema), precisamente, porque, la falta del servicio médico podría vulnerar o amenazar los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere, que es uno de los criterios con los cuales, según la sentencia C-313 de 2014, se puede excepcionar lo dispuesto por el legislador.

Así mismo, el a quo hizo una valoración desatinada de la sentencia de tutela que amparó los derechos fundamentales de la accionante, quien, cuando estaba siendo atendida por el Hospital Universitario San Rafael, y la EPS Compensar negó la autorización de los servicios que requería Erika Mayerly, por considerar que esas complicaciones derivaban de un procedimiento estético, cuya exclusión, según la entidad, estaba expresamente prevista en la ley, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bogotá, en el expediente No. 2018-00824, con fallo del 3 de septiembre de 2018, y con fundamento en la sentencia T-579 de 2017, citada por la Sala, consideró lo siguiente:

“Por lo tanto, se ordenará a la EPS que siga atendiendo a la agenciada por un equipo multidisciplinario de profesionales de la salud, para que con apoyo en todos los procedimientos, servicios médicos y medicamentos pertinentes, se pueda impartir una atención integral que pueda hacer frente de la mejor manera posible, al problema de la celulitis vs absceso pared abdominal secundario a procedimiento estético que padece, siempre y cuando exista orden médica.//Más aún, si el diagnóstico de una patología le permite al paciente que se determine el tratamiento a seguir, en procura de una solución pronta y adecuada a dichos padecimientos o quebrantos que lo aquejan (...)”

Acorde con lo anterior, fue equivocada la valoración, en cuanto concluyó que la protección dispensada por el juez de tutela, solo se había dado con el condicionamiento de que, el tratamiento estético al que se sometió la actora, hubiera procedido de una orden de un médico y, como ello no fue así, sino por “capricho” e “irresponsabilidad” de la accionante al someterse a un procedimiento sin respaldo científico y sin orden médica, para el a quo, dicho amparo no podía considerarse un respaldo al reembolso de los dineros solicitados.

Sin embargo, tal argumentación es equivocada, porque al revisarse el contenido de la acción de tutela que interpuso la accionante, claramente se observa allí, que Erika Mayerly acudió al amparo, precisamente porque la EPS Compensar a la cual estaba afiliada no había autorizado los servicios o tratamiento ordenado por el Hospital Universitario Clínica San Rafael, por lo que, el juzgador al encontrar que la salud de la accionante está comprometida, dispensó la protección sin consideración diferente a que la falta de una atención integral podía comprometer seriamente las garantías fundamentales de la promotora del amparo; no obstante, la EPS Compensar, tal como lo reconoció en la contestación a la demanda, consideró que esa protección regía hacia el futuro, es decir, la autorización de servicios asistenciales de allí en adelante, pero lo actuado por el Hospital Universitario Clínica San Rafael hasta el 27 de agosto de 2018, fecha en la cual la accionante fue dada de alta por el personal médico, para el organismo, no era su responsabilidad.

Lo que significa que al final el resguardo constitucional no tuvo mayor efecto útil ante lo requerido por la accionante, pero eso no implica llegar a la conclusión desafortunada del a quo, consistente, se repite, en que la tutela solo ordenaba la prestación de los servicios asistenciales frente a tratamientos cosméticos previamente ordenados por algún médico, desconociendo que el amparo estaba dado sobre las complicaciones que sufrió la actora en el procedimiento estético porque comprometían seriamente su vida e integridad personal.

Aquí también se debe hacer una precisión adicional, y es que el hecho de que la persona se hubiera sometido a una intervención estética sin los mayores estándares de calidad, no puede ser excusa para que, a la postre y, ante las complicaciones que pueden poner en riesgo la salud, la vida o la integridad misma, el sistema de salud no pueda ofrecer el respaldo que el usuario necesita en aras de que prevalezcan esas garantías fundamentales. Así mismo, tampoco puede erigirse esa circunstancia en un instrumento de discriminación, en donde las autoridades judiciales terminen juzgando a la persona que ha sufrido esas consecuencias nefastas, en lugar de brindarle protección y ayuda en los diferentes componentes de la salud, dado el riesgo y el deterioro, tanto físico como psicológico que presentan las víctimas de estos inadecuados procedimientos estéticos, muchas veces practicados por personal no calificado o inescrupuloso. De manera que, llegar a concluir, como lo hizo el juez de primera instancia, que

la accionante debía asumir las consecuencias de haberse sometido a ese procedimiento poco fiable o sin respaldo médico científico, implica utilizar una categoría discriminatoria contra la mujer, que luego de pasar por un escenario crítico, se le termina revictimizando por el hecho de tratar de alcanzar un estándar de belleza.

No debe olvidarse que las autoridades judiciales están llamadas a la protección institucional cuando los derechos fundamentales se encuentran afectados, sobre todo, cuando recaen en sectores de la población tradicionalmente discriminados, con el fin de contribuir en la erradicación de cualquier tipo de violencia, con mayor razón cuando recae en las mujeres, y el hecho de imprimir un sello de culpabilidad en quienes han sufrido complicaciones por tratamientos estéticos inadecuados, no es la solución para aliviar su dolor o restablecer sus derechos.

ORDEN DE PAGO

Dicho lo anterior, acreditó la demandante que el costo total del servicio facturado por el Hospital Universitario Clínica San Rafael ascendió a la suma de \$17.751.634 (fls 36 a 42 del archivo digital 01), además, así lo aceptó expresamente la demandada Hospital Universitario Clínica San Rafael al pronunciarse sobre el libelo, de los cuales, entre 16 y el 27 de agosto de 2018, tuvo que pagar \$7.400.000 (fl 3 archivo 11 del expediente digital), hecho también reconocido por la aludida institución. Aunque dicho abono fue realizado por los familiares de la accionante, téngase en cuenta que, según el artículo 1630 del Código Civil, es factible el pago de una obligación por un tercero, que, en este caso, el Hospital Universitario Clínica San Rafael aceptó sin mayores condicionamientos, y por tal razón es válido, lo que genera en la accionante el derecho de solicitar el reembolso, atendiendo a que en ella se cargó la deuda en favor de quienes le correspondieron con ese pago.

Así las cosas, como se trata de un valor que debía asumir el sistema de salud a través de la EPS Compensar, a la cual se encontraba afiliada la demandante como cotizante, ésta deberá reconocer el saldo debido al Hospital Universitario Clínica San Rafael, esto es la suma de \$10.351.634, y pagar por concepto de devolución en favor de Erika Mayerly Silva Martínez, el valor de \$7.400.000, debidamente indexados al momento de su pago efectivo, dado que, la actualización de la obligación, como lo tiene dicho la jurisprudencia laboral, procede aún de oficio, y

no es más que el pago completo, debido a que, con el paso del tiempo y el fenómeno inflacionario, las sumas dinerarias pierden su valor, lo cual se debe corregir con esta figura a cargo del deudor.

DEVOLUCIÓN DE PAGARÉ

En cuanto a la devolución del título valor que suscribieron los familiares de la accionante como respaldo del saldo debido al Hospital Universitario Clínica San Rafael, en donde dicha institución, efectivamente aceptó que se hizo firmó tal documento, el cual obra en el folio 1 del archivo 11 del expediente digital, se debe indicar que, la jurisprudencia constitucional ha reprochado de antaño, que, para la prestación de los servicios asistenciales en salud, las IPS acudan a este tipo de maniobras en contra de los usuarios, descargando en ellos la obligación de recobro e imponiéndoles cargas administrativas que no deben soportar.

Así, en sentencia T-175 de 2015, el alto Tribunal señaló al respecto:

La prohibición a los prestadores de servicios de salud de pedir a los usuarios y/o a sus familiares pagarés para cubrir los servicios médicos prestados al paciente.

En los estudios de obstáculos al acceso al derecho a la salud que ha llevado a cabo la Corte, es recurrente que se manifieste bajo la forma de retención hospitalaria y de la exigencia del pago efectivo o la suscripción de títulos para cancelar los servicios prestados por hospitales, pese a que el desembolso corresponda a la EPS u otra entidad estatal.

Tal fue el caso estudiado en la Sentencia T-037 de 2007, donde la Corte anuló un pagaré que fue suscrito por un menor de edad para garantizar parte de los servicios médicos dados a su hermano en el Instituto Nacional de Cancerología, para que autorizaran su salida del Hospital, a pesar de estar exonerado de esa obligación^[30]. Decidió entonces la Corte:

“En consecuencia, ORDÉNASE al Instituto Nacional de Cancerología la inmediata devolución de cualquier título valor que se haya exigido a Manuel Andrey Bohórquez Mora para garantizar el pago de la cuota de recuperación correspondiente a la atención y los servicios médicos recibidos por el niño Duverth Yesith Bohórquez Mora, suma que también debe ser asumida por la Gobernación de Boyacá.” (Subrayado por fuera del texto original)

Siguiendo esta línea, la Sentencia T-058 de 2011 dispuso dejar sin efectos el pagaré suscrito por una familia de escasos recursos para que el Hospital el Tunal de Bogotá diera salida a un paciente, exonerado de pago. En esa oportunidad, la Corte advirtió que el derecho al mínimo vital fue disminuido ya que el pagaré no tenía fundamento legal y era una amenaza inminente a la disponibilidad de medios económicos para la supervivencia del núcleo familiar^[31]. Si bien no se encontró vulnerado el derecho a la seguridad social por hecho consumado, toda vez que la señora murió, en relación con el título ejecutivo dispuso lo siguiente:

“De lo dicho se concluye que el fallo objeto de revisión debe ser revocado, para, en su lugar, amparar el derecho al mínimo vital del núcleo familiar de la señora María Nelly García Cuevas, dejando sin efectos jurídicos el mencionado pagaré y ordenando la expedición de copias de esta providencia con destino a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de

que, de considerarlo pertinente y necesario, adelante las investigaciones legales a que haya lugar contra las autoridades administrativas del Hospital el Tunal ESE.” (Subrayado por fuera del texto original)

En otro asunto similar, la Sentencia T-762 de 2013, la Corte anuló un pagaré por presumir que la accionante no tenía la capacidad económica para sufragarlo y de presentarse un proceso ejecutivo en su contra para exigir el pago se vulneraría su derecho al mínimo vital, toda vez que pertenecía a la población más vulnerable debido a que hacía parte del régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud.^[32] Sobre el particular decidió:

“ORDENAR al Hospital Simón Bolívar exonerar del pago del saldo insoluto de la obligación contenida en el pagaré firmado por la Señora NUBIA CECILIA PERDOMO RANGEL como respaldo de los servicios médicos realizados a su hijo en dicho Hospital”. (Subrayado por fuera del texto original)

Los precedentes citados, solo a manera enunciativa, tienen en común la exigencia del pago o de una garantía de servicios a pacientes exonerados de pago, de acuerdo con las circunstancias legales y jurisprudenciales referidas en el acápite anterior. En estos casos la Corte ha entendido que se trata de un título exigido sin causa:

“Siendo entonces necesario inaplicar, en ocasiones, la regla sobre el pago de cuotas de recuperación por parte de los participantes vinculados, la Sala destaca que en estos casos sería así mismo inadecuado que la institución prestadora de servicios de salud exigiera la suscripción de documentos o la constitución de garantías que tuvieran por objeto asegurar el pago de tales conceptos. Ello es, simplemente, consecuencia de la máxima según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal: si en una situación específica debe el prestador de los servicios abstenerse de exigir el pago de cuotas de recuperación, mal puede exigir garantía que asegure su cancelación”^[33].

En definitiva, no es constitucionalmente aceptable que los prestadores de salud pidan el pago efectivo o la suscripción de títulos para cancelar los servicios prestados a los pacientes o a sus familias, porque constituye una imposición de obstáculos injustificados y desproporcionados al acceso al servicio. En efecto, no tienen en consideración la situación de vulnerabilidad e imponen medidas trasladando fallas del sistema a los usuarios, pudiendo afectar su derecho al mínimo vital. (Resaltado propio).

Por ende, aunque la demandada Hospital Universitario Clínica San Rafael en la contestación de la demanda negó rotundamente que hubiera exigido a los familiares de la accionante la suscripción del aludido pagaré con el fin de garantizar el saldo de la obligación por la prestación de los servicios asistenciales, tal negativa quedó descartada con la manifestación del testigo Oswaldo Lozano Lozano, quien como coordinador de asuntos administrativos del hospital, adujo que “(...) lo que nosotros lo que hacemos es decirle tocaría firmar un pagaré en garantía mientras buscamos autorización o negociar algún excedentes que no cubre la Eps”, lo cual fue confirmado por las señoras Luz Marfori Martínez Jhon y Claudia Ximena Silva Martínez, quienes como madre y hermana de la demandante, fueron claras, precisas y su dicho completo, al afirmar que los administrativos de la IPS, dado la negativa de la EPS Compensar en autorizar los procedimientos y la gravedad de la lesión de la paciente, las conminaron a suscribir el aludido pagaré.

Entonces, como tal comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico, se dispondrá la devolución de dicho documento a la demandante, en el término de cinco (5) días hábiles, una vez quede ejecutoriada la presente decisión, en cuanto tal título no tiene una causa justa que permita su ejecución en contra de los deudores, además, como con esta decisión se ordena cubrir el faltante a cargo de Compensar EPS, no existe razón para que se mantenga una garantía de este tipo para aliviar la carga financiera que se generó con la prestación del servicio.

Por todo lo explicado, y como el recurso resultó favorable a la demandante, se impondrán costas de ambas instancias a la demandada EPS Compensar.

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

R E S U E L V E

Primero.- Revocar la sentencia apelada que absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en la demanda, para en su lugar, condenar a la EPS Compensar al pago del saldo debido con destino al Hospital Universitario Clínica San Rafael, en la suma de \$10.351.634.

Segundo.- Condenar a la EPS Compensar a pagar en favor de Erika Mayerly Silva Martínez, el valor de \$7.400.000, debidamente indexados al momento de su pago efectivo.

Tercero.- Ordenar al Hospital Universitario Clínica San Rafael, que en el término de cinco (5) días hábiles, una vez quede ejecutoriada la presente decisión, proceda a la devolución a la demandante del pagaré que suscribieron sus familiares Luz Marfori Martínez y Claudia Ximena Silva, por el saldo pendiente, que tenía como propósito cubrir los gastos médicos prestados a Erika Mayerly Silva Martínez.

Cuarto.- Costas de las instancias a cargo de la demandada EPS Compensar. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

MILLER ESQUIVEL GAYTAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE DANIEL MAURICIO GALVIS ROCHA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

*Reconocer personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se
identifica con C.C. No 37.627.008 y la T.P. No. 221.228 del CS de la J, como
apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Daniel Mauricio Galvis Rocha, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. De igual forma, se declare que, para todos los efectos jurídicos, siempre ha permanecido en el RPMPD, sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en esa AFP; debiendo Colpensiones reactivar su afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir su historia laboral. Asimismo, se condene al pago de costas procesales, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 02 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 14 de mayo de 1960; se afilió al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta el año 2000; se trasladó al RAIS el 8 de septiembre de 2000, por intermedio de la AFP Porvenir SA; el asesor de la AFP accionada no le explicó las características, diferencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, tampoco le informó sobre el plazo para iniciar los trámites de retorno al RPMPD, ni de las proyecciones que debía prever, para asegurar un monto pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 08 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento

del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 12 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir SA, el 8 de septiembre de 2000. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones la totalidad el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima. Condenó a Colpensiones a tener al actor como su afiliado, a recibir los dineros trasladados y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; aunado a que ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, y que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

Porvenir SA solicitó que se revoque la decisión de primer grado, aduciendo que el acto jurídico de traslado goza de plena validez y se realizó de manera libre, además que suministró al accionante información necesaria y suficiente.

El demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que la misma no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, por cuanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 62 años de edad, en tanto nació el 14 de mayo de 1960, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 02 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 8 de septiembre de 2000, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el subexamine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP Porvenir SA en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar la inconformidad sobre la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, y la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos

de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrino en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba

mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el

principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de su recurso, se les impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones, siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia,

la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

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

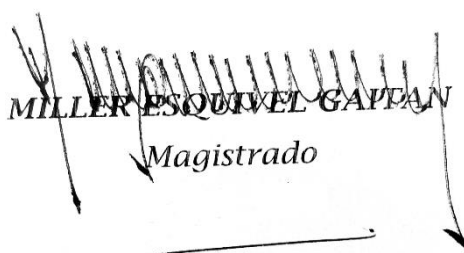
RESUELVE

Primero.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE NESTOR QUIJANO GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda
de Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas
contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado Doce
Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en
consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Néstor Quijano Gómez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión al deber de información. De igual forma, se declare que nunca le proporcionaron información comprensible sobre las consecuencias de su traslado, y no ha sido desvinculado del RPMPD. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones los dineros contenidos en su cuenta de ahorro individual, como aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, debidamente indexados. De igual manera, se condene a Colpensiones a recibir las sumas trasladadas. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 9 de julio de 1965; se vinculó al ISS a partir del 23 de septiembre de 1986, cotizando un total de 148,6 semanas; en julio de 2004 se trasladó a la AFP Porvenir SA; el asesor de la época le indicó que en el RAIS tendría mejores garantías y beneficios, pero no le comentó sobre los derechos adquiridos que tenía en el RPMPD; los promotores de la AFP accionada nunca le proporcionaron una información pertinente, completa y comprensible sobre los beneficios e inconvenientes del traslado; solicitó ante Porvenir SA la nulidad de su afiliación; en similares términos presentó reclamación ante Colpensiones; obteniendo sendas respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 06 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS y las reclamaciones presentadas; sobre los restantes manifestó que no son ciertas o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

A su turno, Porvenir SA en oportunidad contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (archivo 08 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y la petición presentada; sobre las restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 16 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, el 18 de junio de 2004, por intermedio de la AFP Porvenir SA. Declaró que el accionante se encuentra válidamente vinculado al RPMPD. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración, con todo sus frutos e intereses, y demás rubros contenidos en la cuenta de ahorro individual, debidamente indexados. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP y a actualizar la historia laboral del accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las accionadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir SA argumentó que, para la fecha del traslado de régimen, a las AFP no le era exigible conservar documentos diferentes al formulario de afiliación; aunado a que al promotor de la Litis no puede alegar su propia culpa ya que contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar la información suministrada, asistiéndole deberes como consumidor financiero, lo que le imponía actuar con mediana diligencia sobre el acto jurídico de traslado. Indicó que no es posible trasladar los gastos de administración y primas de seguros previsionales, comoquiera que estos emolumentos no están llamados a

financiar la pensión, y se deben aplicar las restituciones mutuas; además, los gastos de administración ya se agotaron en la gestión adelantada. Agregó que no es procedente la indexación de las sumas junto con la devolución de los rendimientos, por cuanto se generaría una doble actualización de los valores.

Colpensiones manifestó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema; y que Colpensiones es un tercero de buena fe ajeno al acto jurídico de traslado de régimen.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Porvenir SA presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones y por Porvenir SA al momento de sustentar sus respectivos recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, pues, es un hecho indiscutible que en la actualidad el demandante cuenta con 57 años de edad, en tanto nació el 9 de julio de 1965, conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (archivo 01 del expediente digital); sin embargo, se le recuerda que lo que se debate en el sub examine es la ineficacia de traslado de régimen pensional efectuado el 18 de junio de 2004, efectivo a partir del 1° de agosto de ese mismo

año, con destino a la AFP Porvenir SA; diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por Colpensiones en este punto.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “los promotores de la AFP accionada nunca le proporcionaron una información pertinente, completa y comprensible sobre los beneficios e inconvenientes del traslado”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte

Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, Rad. 56174, 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP a los afiliados, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP Porvenir SA, al momento del traslado del régimen pensional, efectuado el 18 de junio de 2004. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

El demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, para la época del traslado de régimen, fue visitado en su lugar de trabajo por un asesor de la AFP Porvenir SA, quien buscó a los trabajadores con los salarios más atractivos para afiliarlos; el asesor le indicó que en el ISS la forma de pensionarse era solo con el mínimo y que si se trasladaba recibiría una pensión más elevada acorde a lo que ganaba, además de manifestarle que en unos años el ISS dejaría de existir. Dijo que recuerda que le hablaron de rendimientos financieros y la heredabilidad de los aportes, pero no recibió más información acerca de los requisitos para acceder al derecho pensional.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir SA, al momento de acoger como afiliado al actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada. Al respecto, cumple precisar que las manifestaciones relativas a que “en el RAIS recibiría una pensión más elevada a la que recibiría en el ISS y su mesada sería acorde a lo que estaba ganando”, no puede tomarse como confesión sobre la actividad calificada que se exige de la AFP en este tipo de casos, pues ha sido consistente la jurisprudencia laboral al indicar que expresiones de este tipo no son válidas cuando la persona desconoce la incidencia que éstas puedan tener frente a sus derechos prestacionales, por ende, no puede estimarse satisfecho tal requisito con una

simple expresión genérica, ni siquiera con la mención o repetición de las características del régimen al cual se traslada, pues es obligación de la administradora de pensiones suministrar la información detallada, precisa y clara, informando al potencial afiliado sobre las condiciones particulares de cada régimen que son aplicables a su caso, así estén contenidas en la ley de forma general y abstracta, y de cómo éstas impactan su proyección pensional. Por el contrario, se concluye que, en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Porvenir SA, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario, brillan por su ausencia en el sub judice medios de convicción que acrediten la información suministrada al promotor del presente proceso al momento del traslado de régimen pensional. Y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

La Sala tampoco acoge las explicaciones traídas por la AFP accionada relativas a que el actor no puede alegar su propia culpa o que incumplió con sus obligaciones como consumidor financiero; ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado. Fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en

relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa ya que el punto esencial de debate se centra en la nulidad o ineficacia de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; por lo que no es de recibo la tesis planteada por Porvenir SA en su apelación, referente a que no hay lugar a devolver los dineros dado que no están llamados a financiar la pensión y fueron descontados como contraprestación por la gestión realizada; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria,

y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; por lo que no hay lugar a aplicar la figura de las restituciones mutuas. Así lo señaló en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En lo que respecta a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro; los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima; cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones

como de los rendimientos causados; no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y por ello la necesidad de traerlos a valor presente; además sobre los aportes si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en la presente providencia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos; lo que impone modificar la decisión apelada y consultada en este punto.

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiese realizado el traslado de régimen, así no hubiera participado en el curso del traslado de régimen pensional y su actuar estuviese revestido de buena fe, dadas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante

pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se modificará la decisión apelada y consultada en los términos previamente indicados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de sus recursos, se les impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones y a Porvenir SA, siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las

agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Modificar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el entendido que la indexación opera únicamente respecto de los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima y en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo concedido en el ordinal siguiente, conforme a lo considerado.*

Segundo.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

Tercero.- Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Cuarto.- Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE JORGE MARIO AMARILLO ESPAÑA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA*

*En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.*

Acto seguido, se procede a dictar el siguiente,

A U T O

*Reconocer personería a la abogada María Alejandra Almanza Núñez quien se
identifica con C.C. No 1.018.456.532 y la T.P. No. 273.998 del CS de la J, como
apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.*

Notifíquese.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta contra aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Jorge Mario Amarillo España, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Porvenir SA, para que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, dada la omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos y gastos de administración; debiendo Colpensiones recibir los dineros trasladados y activar su afiliación. Asimismo, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, y al pago de cotas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: nació el 9 de mayo de 1956; se afilió al RPMPD el 13 de noviembre de 1987; se trasladó a la AFP Porvenir SA el 30 de agosto de 2000; la AFP accionada no le brindó información acerca de los riesgos, condiciones y desventajas de su traslado de régimen; presentó petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia de la afiliación y traslado; en similares términos presentó petición ante Porvenir SA, solicitando copia e información respecto de la afiliación y una proyección pensional; obtuvo respuesta sólo frente a la proyección pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 07 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al RPMPD, y la reclamación presentada; sobre los

restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones 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 la innominada o genérica.

Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda (archivo 06 del expediente digital). No aceptó los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 17 del expediente digital), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, por intermedio de la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, el 30 de agosto de 2000. Condenó a Porvenir SA a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas recibidas, como cotizaciones obligatorias, rendimientos financieros, porcentajes que fueron descontados en su momento y destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima. Ordenó a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación del actor al RPMPD, sin solución de continuidad, además de recibir la devolución de los emolumentos mencionados. Declaró imprósperas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir SA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que al actor le asisten ciertas obligaciones a su cargo, como lo es la de informarse acerca de los actos jurídico que suscribe, la cual no puede desconocer, y por ende no se puede invalidar la afiliación; aunado a que ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS, dado que en ningún momento mostró su

intención de devolverse al RPMPD. Finalmente, manifestó que la decisión de primer grado afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que Colpensiones siempre actuó de buena fe.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su apelación.

Porvenir SA solicitó que se revoque la decisión de primer grado, aduciendo que el acto jurídico de traslado goza de plena validez y se realizó de manera libre, además que suministró al accionante información necesaria y suficiente.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad de seguridad social.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación en el que indica que en el sub examine no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado; en este sentido se recuerda que era la AFP Porvenir SA quien tenía la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), por ser quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, ya que no participó en el mentado negocio jurídico y la AFP Porvenir SA en momento alguno se mostró inconforme con esa decisión al no recurrirla. Por lo que la alzada se restringe únicamente a revisar

la inconformidad sobre la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema, y la procedencia o no de las demás condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; de igual manera, trae aparejada la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos, incluidos los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como las sumas destinadas al seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de fondos pensiones y el demandante; imponiéndose confirmar la decisión apelada y consultada en este punto. Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. También ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación, como se explicó, solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al de ahorro individual con solidaridad, y si estuvo afiliado a este último, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se adoctrinó en recientes sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, aunque no haya participado en el traslado de régimen pensional, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, incluidos los gastos de administración, lo descontado por concepto de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones; precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora

de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

PLAZO PARA EL TRASLADO DE LOS DINEROS

Pese a que el juzgador de primer grado acertó en la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y los efectos respectivos, para evitar controversias futuras, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

COSTAS DE ESTA INSTANCIA

Finalmente, dada la improsperidad de su recurso, se les impondrá condena en costas de esta instancia a Colpensiones, siendo ésta la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)”.

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de “otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó” (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que “las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción” (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200). Para finalizar, resulta pertinente destacar que los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP únicamente se aplican para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, mas no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

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

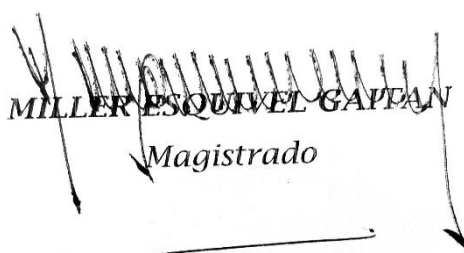
R E S U E L V E

Primero.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de conceder a la AFP Porvenir SA el término de 30 días para que ponga a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.*

Tercero.- *Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de \$800.000,00, por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE DORIS ANGÉLICA SÁNCHEZ BLANCO CONTRA HUMANOS
ASESORIA EN SERVICIOS OCASIONALES SA*

*En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023),
siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para
llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la
declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda
de Decisión.*

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante
contra la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiocho
Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.*

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

*Doris Angélica Sánchez Blanco, actuando por intermedio de apoderada judicial,
demandó a la sociedad Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A., para que
se declare la existencia de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor,*

el cual terminó por causal imputable al empleador. En consecuencia, se condene al pago de los salarios dejados de percibir a partir del 15 de septiembre de 2019, con un salario base de \$6.246.656,00, y hasta la terminación y liquidación de los contratos a cargo de la demandante. Asimismo, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicio, causados entre el 15 de mayo de 2019 y el 15 de septiembre de ese mismo año; junto con el pago de la sanción por no consignación de cesantías, la devolución de los gastos por concepto de viajes efectuados en cuantía de \$1.607.603,00, la indexación de las sumas, y las costas del proceso. Además, solicitó que se ordene la realización de la valoración médica. En subsidio petitionó el reintegro a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados en el archivo 01 del expediente digital, en los que en síntesis se indicó que: el 15 de mayo de 2019 suscribió contrato con la demandada para desempeñar el cargo de profesional técnico I en las instalaciones de Fiduagraria SA como trabajador en misión, con un salario mensual de \$6.246.656,00; la relación contractual se mantuvo vigente hasta el 15 de septiembre de 2019, cuando recibió carta de la jefe de servicio al cliente de la sociedad accionada, en la que le informó sobre la terminación del vínculo de manera unilateral, sin justa causa y sin previo aviso; su labor era la supervisión de contratos de diagnóstico y estructuración, de obra e interventoría; en cumplimiento de sus funciones se desplazó a Cúcuta el 24 de julio de 2019, sin que se le reintegraran los gastos generados por el viaje; el 4 de octubre de 2019 se comunicó con el área de servicio al cliente de la pasiva, donde le indicaron que debía enviar documento autenticado por notaría para la consignación de sus prestaciones sociales; el 7 de octubre de 2019 envió el documento requerido, sin recibir respuesta; no se le realizó valoración médica de egreso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la demandada dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 1 del expediente digital); frente a los hechos aceptó el salario pactado y la labor desempeñada por la accionante; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de indemnizaciones según la clase y la

naturaleza del contrato de trabajo suscrito entre la ex trabajadora demandante y mi representada, inexistencia de la obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y pretensión de enriquecimiento sin causa por parte del demandante, inexistencia de sanción moratoria, buena fe, ausencia de causa para demandar cada una de las pretensiones respecto de mi representada, falta de legitimación en la cusa por pasiva, y prescripción.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 07 del expediente digital) en la que declaró que el contrato suscrito entre las partes tuvo vigencia del 15 de mayo al 13 de septiembre de 2019. Absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probada la excepción denominada ausencia de causa para demandar cada una de las pretensiones respecto de mi representada; condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionante interpone recurso de apelación argumentando que fue contratada para aumentar la producción de Fiduagraria SA, en virtud de un contrato marco suscrito con el Ministerio de Agricultura en el 2018 y con el Banco Agrario en el 2015. Agregó que, al momento de la terminación del vínculo laboral con la accionada, no había terminado la obra o labor para la cual fue contratada, que consistía en la supervisión de diagnósticos, estructuración e interventoría de contratos, la cual fue reasignada a otros ingenieros; por lo que la finalización del contrato de trabajo se dio de manera injusta. Por último, manifestó que las pruebas fueron valoradas indebidamente, concretamente los testimonios y los interrogatorios de parte.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la demandante presentó alegatos en esta instancia reiterando los argumentos expuestos al momento de sustentar su recurso de apelación.

Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales SA también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme en su integridad la decisión de primer grado.

C O N S I D E R A C I O N E S

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, atendiendo las razones expuestas en las respectivas sustentaciones.

NEXO LABORAL

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo, vigente del 15 de mayo de 2019 al 13 de septiembre de ese mismo año, en virtud del cual la actora desempeñó el cargo de “profesional técnico I”, como trabajador en misión en Fiduagraria SA; lo anterior encuentra respaldo probatorio en el contrato de trabajo (fls. 31 a 33 del archivo 01), en la carta de terminación (fl. 28 del archivo 01); así como en lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda y por su representante legal al absolver interrogatorio de parte. Supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

I N D E M N I Z A C I Ó N P O R D E S P I D O I N J U S T O

Insiste la recurrente en que su contrato de trabajo finalizó sin que hubiese culminado la obra o labor para la cual fue contratada; por lo que procede el pago de la indemnización por despido injusto.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, se hace preciso señalar que en el contrato de trabajo suscrito entre las partes se estipuló que la accionante desempeñaría su labor como trabajadora en misión en la empresa usuaria Fiduagraria SA; indicándose en las cláusulas primera y tercera que:

“PRIMERA: El objeto del presente contrato es desempeñarse como trabajador en misión en la empresa usuaria, **con base en la requisición específica hecha por ésta.**

[...]

TERCERA: La duración del presente contrato está determinada por la duración de la obra o labor contratada, a partir de la fecha de ingreso, y se suscribe para: a) Realizar labor ocasional, accidental o transitoria en la empresa usuaria, b) Reemplazar personal en vacaciones, uso de licencia, incapacidad por enfermedad o maternidad. c) Atender incrementos en la producción, al transporte o a las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales o de cosechas y en la prestación de servicios. En este evento la duración no podrá exceder de un (1) año”. (Destaca la Sala)

Adicionalmente, fue aportado el “FORMATO REQUISICIÓN DE PERSONAL”, diligenciado por Fiduagraria SA el 2 de mayo de 2019, en el que se lee:

“Nombre del cargo: Profesional Técnico I – Unidad de Gestión VISR

Área: Vicepresidencia Administración de Negocios – UG VISR

Objetivo del cargo: Gestionar la planeación y ejecución de proyectos de construcción o mejoramiento de vivienda de interés rural (VISR) y supervisar técnica y administrativamente los contratos de diagnóstico, estructuración, construcción e interventoría, que aporten al mejoramiento de la calidad de vida de los diferentes beneficiarios de los subsidios VISR.

Motivo de la requisición:

Marque con una X

Vacante	X	Reemplazo por licencia o incapacidad
Nuevo negocio		¿Cuál? *mencione el nombre del nuevo negocio

Reemplazo de Cargo: Doris Angélica Sánchez Blanco

Tipo de Contrato: Temporal

Salario: \$ 6.246.656

Duración: Temporal”

A su turno, el representante legal de la sociedad accionada, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que la actora fue vinculada mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor, y que el cliente Fiduagraria SA le manifestó que la obra o labor había finalizado y, por tal motivo, terminó el vínculo laboral el 13 de septiembre de 2019. Desconoce si alguna persona reemplazó a Doris Angélica Sánchez en Fiduagraria SA.

Doris Angélica Sánchez Blanco, al absolver interrogatorio de parte, indicó que únicamente ella le hacía supervisión a los contratos de diagnóstico, de

estructuración y de obra que tenía asignados. Agregó, que esos contratos estaban en ejecución al momento de la finalización del vínculo laboral con la pasiva.

Se recibió el testimonio de Adriana Capera Moreno, quien prestó sus servicios personales para la sociedad accionada de julio a noviembre de 2019 como supervisora en temas sociales en los proyectos de obra de Fiduagraria SA, y manifestó que la accionante también se desempeñó como supervisora, pero de interventoría, diagnóstico y estructuración. Informó que la desvinculación de la actora se dio en septiembre de 2019, mediante un mensaje de whatsapp enviado por Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales SA. Añadió que, luego del despido de la demandante, los contratos que ésta tenía a cargo continuaron y sus labores fueron reasignadas a otros tres ingenieros.

Finalmente, rindió testimonio Andrés Rubio, representante legal de Fiduagraria SA, quien informó que las labores desempeñadas por la accionante no tenían el carácter de permanentes, pues, dependía de la etapa o fase contractual que se estaba ejecutando en ese momento, respecto del contrato marco suscrito con el Banco Agrario el 24 de diciembre de 2015, por el cual se constituyó una unidad de gestión del patrimonio autónomo de vivienda de interés social.

Valorados en su conjunto los medios de convicción anteriormente reseñados, concluye la Sala que, contrario a lo asegurado en el recurso de alzada, la vinculación laboral de la demandante no estuvo ligada a la vigencia de contratos marco suscritos entre Fiduagraria SA y el Ministerio de Agricultura o con el Banco Agrario; sino que surgió como consecuencia de una solicitud concreta presentada por la empresa usuaria para cubrir un “Reemplazo por licencia o incapacidad” con carácter temporal, conforme se establece en el “FORMATO REQUISICIÓN DE PERSONAL”; como acertadamente lo concluyó el a quo.

Y es que, el contrato de trabajo suscrito entre las partes no contempla que la labor a desempeñar por la accionante esté ligada a la vigencia de los contratos ejecutados por Fiduagraria SA; por el contrario, circunscribe su objeto a la requisición efectuada por la empresa usuaria, la cual es clara en contemplar el carácter temporal de la labor a realizar. Esta circunstancia en manera alguna contradice el dicho de la testigo Adriana Capera Moreno, toda vez que, al haber correspondido la actividad de la actora a un reemplazo por licencia o

incapacidad, es entendible que otra persona asumiera las labores ejecutadas por ésta una vez vencido el término de la licencia o incapacidad, dando lugar a la finalización de su contrato de trabajo por la terminación de la obra o labor para la cual fue contratada, esto es, por una causal objetiva de terminación; lo que torna en improcedente la indemnización peticionada.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada.*

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$300.000,00 por concepto de agencias en derecho.*

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YERMEN SARMIENTO MORENO CONTRA PRODUCTOS NATURALES DE LA SABANA SA.

En Bogotá, D.C., a los treinta y uno (31) días de marzo de dos mil veintitrés (2023), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora escogidos para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 8 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral Circuito de esta ciudad, en el asunto de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Yermen Sarmiento Moreno, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la sociedad Productos Naturales de la Sabana SAS - La Alquería., para que se declarara la existencia del vínculo laboral, entre el 2 de abril de 2004 y el 30 de marzo de 2017. En consecuencia, se condene al reintegro a su cargo y al pago

de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento del despido hasta la fecha de la reinstalación; subsidiariamente solicitó que se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, y lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, más el pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos relacionados en el archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis sé indico que: celebró un contrato de obra o labor con la sociedad S&A Servicios y Asesorías como trabajador en misión para la empresa Alquilería desde el 2 de abril de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2008; que, a partir del 1° de diciembre de 2008 fue contratado directamente por Productos Naturales de la Sabana SAS - La Alquilería, mediante un contrato a término indefinido en el cargo de preventista; que el último salario básico fue de \$1.155.300.00 y \$481.956.00 por concepto de comisiones por metas cumplidas; que la demandada paulatinamente aumentó el cumplimiento de metas, por lo cual el actor manifestó su inconformidad con tal situación; que a raíz de los requerimientos, la demandada desplegó acciones de acoso y persecución laboral, las cuales aumentaron cuando se enteró de la afiliación a la organización sindical Sinaltrainal; que el 22 de marzo de 2017 fue llamado a descargos, supuestamente por la comisión de faltas graves y prohibiciones especiales estipuladas en el Reglamento Interno de Trabajo, concretamente por hechos cometidos por otros vendedores, pero que se le imputaron a él, incluso por hechos que denunció en su momento por posibles irregularidades de vendedores contiguos; que el 30 de marzo de 2017, el empleador le comunicó la decisión unilateral de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa; que el 3 de abril de 2017, y luego de haber terminado el contrato, el empleador le informó que había tomado los correctivos necesarios para evitar las irregularidades denunciadas por él en relación con la triangulación de pedidos, es decir, que la empresa le había dado la razón en sus inconformidades, que a la postre fue la razón por la cual fue objeto de despido; que desde el llamado a descargos hasta la entrega de la carta de terminación del vínculo jamás se le respetó el debido proceso y el derecho a la afiliación a una organización sindical, además de no habersele tenido en cuenta su excelente comportamiento y rendimiento.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, ésta fue contestada así:

Productos Naturales de la Sabana SAS se opuso a las pretensiones, y en cuanto a los hechos, adujo que el vínculo laboral tuvo como extremos entre el 1° de diciembre de 2008 y el 30 de marzo de 2017, en el cargo de preventista en la ciudad de Bogotá, con un salario básico y unas comisiones; que el demandante sí puso en conocimiento las irregularidades en relación con la triangulación de las ventas, a los demás dijo que no eran ciertos y que no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, improcedencia de reintegro laboral, improcedencia de indemnización por despido sin justa causa y mala fe.

S&A Servicios y Asesorías SAS, también se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la vinculación que el demandante tuvo con ella como trabajador en misión y los extremos en el cargo de preventista, sobre los restantes manifestó que no eran ciertos y que no le constaban. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondiente al contrato laboral a cargo de mi representado y a favor del demandante, excepción perentoria de prescripción, buena fe, excepción genérica, concurrencia de responsabilidad limitada solo a los periodos de trabajo vinculados a S&A Servicios y Asesorías e inexistencia del despido sin justa causa por parte de la empresa de servicios temporales y la indebida solicitud de pago.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (archivo 19 del expediente digital), en la que declaró que entre Productos Naturales de la Sabana SAS - La Alquería y el demandante se verificó un contrato de trabajo a término indefinido vigente, entre el 2 de abril de 2004 y el 31 de marzo de 2017, desempeñando el cargo de preventista, contrato que fue terminado de manera unilateral e injusta. En consecuencia, condenó a la demandada Productos Naturales de la Sabana SAS

- La Alquilería a reconocer y pagar al actor la respectiva indemnización debidamente indexada y la absolvió de las demás súplicas, pero le impuso condena en costas. Así mismo, absolvió a S&A Servicios y Asesorías SAS de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la demandada Productos Naturales de la Sabana SAS - La Alquilería la recurrió.

Sostuvo que, contrario a lo indicado por el juzgador, se acreditó la justa causa de despido, en cuanto al trabajador, desde el mismo proceso disciplinario se le demostró que incurrió en las conductas de triangulación de ventas, que le pudieron ocasionar a la empresa conflictos de tipo económico con la Dian. Añadió, que en ningún momento se trató de una falta leve del trabajador sino de un verdadero incumplimiento grave de las obligaciones. Acorde con ello, solicitó que se revoque la providencia impugnada y se le absuelva de las condenas impuestas.

C O N S I D E R A C I O N E S

De conformidad con lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, atendiendo las razones expuestas en la sustentación.

NEXO LABORAL - TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Acorde con lo expresamente recurrido, no es objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos fijados por el juzgador de primera instancia: i) que, si bien con la demandada Productos Naturales de la Sabana SAS - La Alquilería, el demandante se vinculó directamente mediante contrato de trabajo, a partir del 1° de diciembre, en realidad, la pasiva fue el verdadero empleador desde el 2 de abril de 2004, en razón a que se transgredió el término legal máximo de un (1) año para la contratación mediante la intervención de una empresa de servicios

temporales que envía trabajadores en misión para cumplir labores ocasionales o transitorias, puesto que, con S&A Servicios y Asesorías SAS, de manera continua ejerció la misma labor de preventista y con la misma empresa usuaria, que a la postre lo vinculó para ejercer dicha labor y sin ningún cambio en la relación contractual, por ende, el vínculo se extendió hasta el 31 de marzo de 2017, fecha de entrega de la carta de terminación del contrato en la que se adujo justa causa, y; ii) que el despido no es una sanción disciplinaria, por ende, el empleador no estaba obligado a agotar un trámite previo, y en todo caso, el trabajador fue llamado a descargos, por lo que, se le respetó el debido proceso.

En ese orden de ideas, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si el juzgador de primer grado se equivocó al conceder la súplica subsidiaria relacionada con la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa, concretamente, que no se acreditaron los hechos de "triangulación" del primer supuesto endilgado por el empleador y que el que sí fue acreditado no revestía la categoría de grave y, por lo tanto, que le hubiera causado algún perjuicio a la empresa.

Pues bien, en el caso de autos, la determinación de Productos Naturales de la Sabana SA- La Alquilería de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada al actor mediante carta fechada 30 de marzo de 2017; allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes:

"Por medio de la presente nos permitimos comunicarle que la empresa Productos Naturales de la Sabana S.A. ha resuelto dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo con justa causa.

Para esta decisión, la empresa evaluó las faltas cometidas y las respuestas a los descargos rendidos por usted el día veinte dos (22) de marzo del dos mil diecisiete (2017), en los cuales se corrobora el incumplimiento de sus obligaciones laborales al realizar pedidos de productos a nombre de personas diferentes a las que efectivamente realizaban estos pedidos, lo cual es conocido como "triangulación de pedido" (conducta consistente en tomar pedidos de terceros dentro de pedidos de clientes de Alquilería) y constituye una falta grave al reglamento y a los principios y valores de Alquilería.

Luego de realizar la diligencia de descargos, asegurando el debido proceso y su derecho a la defensa, se evidenció que Usted está efectuando pedidos con códigos que corresponden a otros clientes, por lo que decididamente se comprobó que usted está realizando conductas de triangulación, que se constituyen en faltas graves que dan paso a la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

En efecto, en la factura 27255549 que corresponde al cliente Luz Mary Porras Cárdenas, se evidencia el nombre VITAPAN escrito a mano, conducta prohibida, pues dichos documentos no deben tener adiciones de nombre diferentes al impreso. La entrega correspondiente a dicha factura, fue dirigida al cliente VITAPAN, que no hace parte de su zona, sino que corresponde a la 09 asignada a otro colaborador.

Se evidenció que con el código del cliente Fruver Comunal, se facturó a el cliente la Exquisita; aun cuando en los descargos usted afirma que se cometió un error, dicho comportamiento se pudo haber evitado toda vez que el mismo sistema Celuweb permite que se edite el pedido y en todo caso debió haber avisado a su jefe inmediato.

Esta parte no encuentra motivos razonablemente fundados que justifiquen la alteración de los documentos y la entrega de productos a clientes facturados con un código que no les corresponde.

Estos hechos se enmarcan dentro (sic) las justas causas para dar por terminada la relación patronal, con base en los numerales 2 y 6 del literal A del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (...)

Adicionalmente, su conducta constituye una falta grave según lo indicado en el numeral 4 del artículo 61 del Reglamento Interno de Trabajo, el cual señala:

“Artículo 61. Constituyen faltas graves: (...)

4. Violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias o las de ley. (...)

Como se puede leer, tal como lo precisó el juzgador de primera instancia, el empleador le imputó la comisión de dos situaciones o hechos constitutivos de lo que dicha sociedad denominó triangulación de pedidos: primero, por el hallazgo de la factura 27255549, según la cual, a nombre del cliente oficial Luz Mary Porras, se facturó un producto, pero en el fondo estaba dirigido al cliente Vitapan, que no hacía parte de la zona asignada al trabajador, además, que el nombre de esta última estaba escrito a mano, por fuera de los parámetros de expedición de cualquier factura, lo que demostraba aún más, que a ese tercero iba dirigido el producto, y; segundo, que también se facturaron productos con cargo al cliente Fruver Comunal, pero iban dirigidos al cliente la Exquisita, cuyo error fue aceptado en diligencia de descargos, sin avalarse su explicación, en cuanto tal equivocación pudo subsanarse a través del sistema o informándolo al jefe inmediato.

Entonces, como fueron dos hechos específicos, al empleador le correspondía demostrarlos, máxime que el trabajador, desde el inicio los desconoció. Así, las cosas, tenemos lo siguiente:

El representante legal de la sociedad accionada, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que la única razón por la cual se dio por terminado el contrato de trabajo fue por falla en el cumplimiento de las labores del actor, en razón a que este estaba reportando ventas como propias, que en realidad realizaba otro compañero de trabajo. Indicó, que durante el proceso disciplinario iniciado al demandante se tuvieron en cuenta los datos de las ventas registrados y reportados. Agregó, que la triangulación de pedidos consistía en contabilizar una venta de un tercero como propia, lo que generaba inconsistencias a la hora de reportar tal información ante la DIAN, puesto que se le cargaban ventas a clientes que realidad no recibían. Finalmente, manifestó no tener conocimiento del proceso disciplinario adelantado al demandante y no conocer la documentación en la cual se encuentra consignada la escala de sanciones disciplinarias de acuerdo con la gravedad de las faltas.

El promotor de la litis, al absolver interrogatorio de parte, afirmó, que en la diligencia de descargos manifestó no tener injerencia en la triangulación de pedidos, pues su única función era realizar las ventas y facturarlas, de modo que no era el encargado de la entrega de los pedidos ni tampoco de la creación de los clientes en el sistema. Señaló, que a la audiencia de descargos realizó la entrega de toda la documentación en la que se evidenciaba que no había triangulación de pedidos. Afirmó, que se afilió al sindicato en septiembre de 2016, y a raíz de esto, el empleador aumentó el cumplimiento de las metas argumentando que era un trabajador antiguo. Explicó, que la triangulación de pedidos consiste en entregar un pedido a otro cliente con el fin de no devolverlo a la compañía, sin embargo, aseguró que en su caso no podría existir tal irregularidad, pues, su función era facturar la venta, mientras que los encargados de entregar los pedidos eran quienes sí podían estar incurso en la triangulación.

Se recibió el testimonio de Luis Felipe Bermúdez Medina, quien trabajó para la compañía demandada, y quien indicó que la triangulación de pedidos se daba por la negligencia de la compañía, puesto que era una supervisora la encargada de crear los clientes en el sistema y como este proceso era demorado, debían cargar el pedido a nombre de otro cliente, con el fin de cumplir con las metas que la empresa estipulaba, dado que ellas aumentaban gradualmente. Finalmente, aseguró, que en general, los trabajadores fueron presionados por los supervisores para retirarse del sindicato.

Por su parte, la testigo Martha Lucia Castaño Barrero, quien también laboró en la empresa demandada, aseguró que todos los trabajadores realizaban triangulación de pedidos; sin embargo, afirmó que la compañía tenía conocimiento de tales actuaciones, pues al ser un proceso demorado debían facturarle al cliente a nombre de otro. Manifestó, que estuvo presente cuando el accionante expuso las inconformidades con el aumento de las metas.

El testigo Carlos Enrique Galeano, en calidad de coordinador de gestión humana de la demandada, manifestó que estuvo presente en la diligencia de descargos del actor la cual fue debidamente notificada a Sinaltrainal, y que fue quien firmó la carta de terminación de contrato. Explicó, que las acciones de triangulación se presentaban con el propósito de aumentar falazmente el número de clientes de una zona. Aseguró, que el demandante emitió una factura a nombre de un cliente, pero dicho pedido fue entregado a otro. Indicó que dentro de las faltas graves de la compañía se encontraba la triangulación de pedidos.

Por lo reseñado, resulta claro para la Sala, igual que lo concluyó el a quo, que en cuanto al primer hecho o irregularidad endilgada, no se logró demostrar su ocurrencia, toda vez, que los testigos traídos a juicio no dieron cuenta de la situación específica del actor, pues las manifestaciones generales respecto de las prácticas comunes dentro de la compañía no resultan directamente imputables al accionante; el único declarante que se refirió al caso específico de la supuesta triangulación de pedidos, fue el señor Carlos Enrique Galeano, que, si bien aseveró que el demandante había emitido una factura con cargo a un cliente oficial pero le llegó a un tercero, no dio detalles sobre esa

actuación, es decir, que se desconoce si dicha persona le constaba directamente esa actuación irregular, en otras palabras, si conoció de primera mano alguna investigación al respecto que haya comprobado que el actor en realidad llevó a cabo ese hecho cuestionado. Solo mencionó que la prueba o acreditación de la irregularidad fue la misma factura, pero, para la Sala, tal mención deja huérfano de demostración ese supuesto, en cuanto el demandante desde la diligencia misma de descargos, pasando por el escrito de demanda hasta el interrogatorio de parte, insistió en que jamás incurrió en esa conducta que se le endilgaba pese a la existencia de la factura.

Y es que, aunque en el expediente como prueba aportada por la demandada obra la factura 27255549, en donde se observa que el cliente es Villa Mary, pero a mano se adicionó "Vitapan", objetivamente, la Sala no puede inferir, que se haya hecho entrega a ese tercero, porque no existe ningún contenido en esa pieza que indique que ello fue así, simplemente, el empleador concluyó que por el hecho de haberse escrito a mano "Vitapan", inmediatamente se hizo la entrega a esa persona o establecimiento. Es más, en el interrogatorio de parte, el demandante se opuso rotundamente a ese aspecto que se le endilgó al haber señalado que, "(...) no tengo injerencia para la parte de distribución y entrega, en los descargos que se me hicieron, efectivamente ese cliente recibió a conformidad esa factura, en esos descargos solicitamos que tuviera la factura física de ese cliente, la prueba de que el cliente supuestamente se entregó en otro cliente, nunca se tuvo esa factura física, pero yo sí sostuve que el cliente recibió efectivamente; no tengo injerencia porque el carro entrega en otra zona que no le corresponde al que tiene que entregar; no soy yo quien hace la entrega sino el carro, y en los descargos quedó mencionado que yo no tengo injerencia y quien tenía que responder por eso indebido, sería la ruta entregadora (...)".

Y sobre ello, aunque la demandada aportó un informe de una de sus dependencias (gestión humana) del 13 de marzo de 2017, sobre el hallazgo de triangulación de la factura N° 27255549, simplemente refiere que, "(...) corresponde al cliente Luz Mery Porras Cardenas (cliente de la base de datos de YERMEN SARMIENTO), se puede apreciar el Nombre de VITAPAN (la cual no debería estar con adiciones de nombres diferentes a lo impreso). Se anexa fotocopia de factura. Anexo (Documento 2)", del cual sigue en incertidumbre, si realmente ese otro cliente recibió los productos, ya que lo único que aparece es que, fue escrito a mano el nombre de Vitapan, pero nada más, esto es, que no existe una pesquisa

sobre la participación del demandante en esa supuesta entrega del pedido a un tercero en lugar del cliente facturado, como tampoco, testimonial que haya dado cuenta exacta y específica de esa situación.

Con respecto al segundo supuesto, esto es, se recuerda, el error o facturación al cliente “Fruver Comunal”, cuya entrega se hizo al cliente “la Exquisita”, la prueba testimonial tampoco dio cuenta de esa situación, y en el interrogatorio de parte al actor, la demandada no le preguntó al respecto; de manera que la única manifestación fue lo señalado por el propio demandante en la diligencia de descargos, en donde sostuvo que “(...) en ese cliente quedo (sic) cruzado los pedidos, pero son dos clientes activos, los dos tienen nomenclatura de locales misma dirección (...) fue equivocación porque es la misma dirección diferentes locales”.

Aquí se trata de dos clientes activos, pero que, por error cometido por el trabajador debido a que se encontraban con la misma dirección, le facturó a uno, pero le entregó al otro, situación que para el a quo, se trataba de una falta “leve”, cuya determinación de finalizar el contrato de trabajo la consideró desproporcionada.

Frente a ello, conviene decir, que el empleador consideró que tal comportamiento encajaba en el numeral 6° del artículo 62 del CST, esto es, “cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”, que, en cuanto a ese segundo supuesto, la calificación de grave estaba contenida en el numeral 4° del artículo 61 del Reglamento Interno de Trabajo.

Hay que recordar que, según jurisprudencia inveterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando el despido se produce por la violación grave de las obligaciones o prohibiciones, la gravedad de la conducta le corresponde evaluarla y calificarla al juez, en cambio, cuando se produce por falta grave calificada en otros instrumentos, la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran dicha falta, en otras palabras, en este segundo supuesto se requiere de una tipificación de la conducta, en tanto que

en el primer caso, corresponde al juez entrar a calificar la gravedad de la misma atendiendo las particularidades del asunto (por ejemplo, así se explicó en decisión CSJ SL 10 mar. 2003, rad. 35105, reiterada en la sentencia CSJ SL670-2018).

Entonces, como en este caso existe un instrumento que, al parecer calificó la conducta como grave, que es el RIT, en efecto, el artículo 61 previó que revestía esa connotación, la “(...) 4. Violación grave por parte del Trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias o las de ley”; no obstante, para la Sala, con tal mención, no existe forma de establecer la especificidad de la conducta, dado que, simplemente, en forma abstracta y genérica, se remite a la calificación grave de las obligaciones que le corresponde cumplir al trabajador, misma calificación de la primera parte de la disposición legal, sin agregarle nada novedoso o concreto, con mayor razón, si ese comportamiento “irregular” proviene de una regla sobre el manejo de datos personales (Ley Estatutaria 1581 de 2012), aspectos tributarios (artículo 651 del Estatuto Tributario, o artículo 39 de la Ley 223 de 1995) e implicaciones penales (artículo 269F del Código Penal, sobre la violación de datos personales), que bien pudieron haberse fijado en este instrumento sin generar dudas sobre el concepto de la falta (triangulación de pedidos), sus consecuencias, o, sencillamente la prohibición rotunda bajo cualquier modalidad de ese tipo de conducta, que sería lo adecuado cuando se acude a esa segunda forma independiente de constituir justa causa para terminar en forma unilateral el contrato de trabajo, esto es, el grado de especificidad que amerite el calificativo de grave en este o cualquier instrumento de regulación de las relaciones laborales.

Por consiguiente, como la conducta reprochable del RIT, remite a la que es calificada como grave por el legislador, le corresponde al juez la valoración de la actuación del trabajador, con el propósito de buscar un parámetro de ponderación objetivo acerca de los hechos a los que se vio enfrentado el trabajador y la razonabilidad de su comportamiento.

Como se dijo, el trabajador aceptó en la diligencia de descargos que cometió el error al haber facturado en favor de un cliente, pero le llegó a otro, debido a que dos locales tenían idéntica dirección, aspectos fácticos que el empleador no puso en entredicho en esa diligencia, como tampoco en la contestación de

la demanda, por lo que, en consideración de la Sala, como lo sostuvo el a quo, resultó desproporcionada la decisión de la empresa, al haber finiquitado el vínculo laboral, sin antes haber valorado en sí mismo la causa de la equivocación del trabajador, que, en realidad resulta razonable, y no como una actuación de mala fe, o adrede, que tuviera el objetivo de inflar el porcentaje de las ventas, o afectar a otro compañero al cual se le hubieran asignado esos clientes, que fue uno de los cuestionamientos que más énfasis se hizo en los descargos; además, tampoco se mencionó o acreditó que ese error con dichos clientes específicos haya sido reiterativa, pues ello solo ocurrió el 13 de marzo de 2017, sin hallazgos anteriores o posteriores con ese mismo defecto, lo cual permite concluir que el error obedeció a una posible falta de actualización de datos de tales clientes, que bien podía corregirse para futuras facturaciones de pedidos.

Es cierto, que para calificar de grave la conducta del trabajador, por incumplimiento a sus obligaciones, no necesariamente la conducta debe ocasionar un daño o perjuicio, ya que lo que se verifica es el comportamiento contrario al ordenamiento jurídico (CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518), que, en este caso, está en lo correcto lo afirmado por la empresa, en el sentido que, el error en la facturación se aleja de lo que le corresponde hacer al trabajador en su labor, y que, eventualmente el cliente afectado puede quejarse ante la Superintendencia encargada o la misma Dian, pero como se dijo, el trabajador no reincidió en esa conducta, fue honesto en manifestar la equivocación y dio a conocer la causa de la falla, para intentar remediarla; de ahí, que no pueda considerarse como tal ese específico caso como una violación grave de las obligaciones que le incumbe acatar al trabajador, sino en lapsus temporal en la ejecución de la labor, que podía superarse con la exculpación dada por el empleador, que a la postre no fue considerada por la empresa.

En tal sentido, la determinación de terminar el contrato de trabajo de manera unilateral se debe calificar de injusto, que implica la respectiva indemnización tarifada de perjuicios, aspecto que no fue objeto de cuestionamiento en la alzada, y por ello, se dispondrá su confirmación. Como el resultado del

recurso fue totalmente adverso al apelante, las costas de la segunda instancia, se imponen a la pasiva.

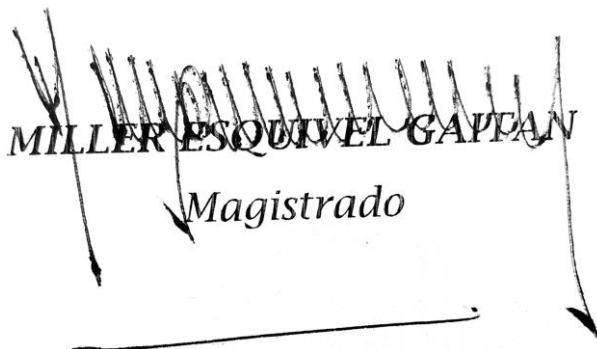
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada Productos Naturales de la Sabana SAS. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$800.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE