



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **014 2020 00427** 01
DEMANDANTE: DORIS MARCELA SALAMANCA LUCIGNIANI
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 23 de junio de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado que efectuó el 1° de septiembre de 1994 del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos SA, por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente información e ilustración, por ende que la única afiliación válida es la efectuada el 26 de julio de 1990 al extinto ISS; en consecuencia, se condene a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado y a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro

individual; que se ordene a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad y proceda a corregir y actualizar su historia laboral (págs. 1, 2 arch. 4 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de marzo de 1965, se afilió al extinto ISS el 26 de julio de 1990, se trasladó el 1º de septiembre de 1994 a Colfondos, sin embargo, esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración de una manera clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales evidenciándose un engaño por parte de dicha administradora; que el 1º de marzo de 1995 se trasladó a Porvenir SA, hasta el 31 de octubre de 2020 cotizó en el RAIS un total de 1316 semanas, que sumadas con las efectuadas en el RPMPD obtiene un total de 1372 semanas de cotización.

Afirmó que Porvenir SA, no le informó acerca del año de gracia que regula los arts. 2º de la Ley 797 de 2003 y 1º del Decreto 3800 de 2003, ni que podría regresar al RPMPD antes del 28 de marzo de 2012, solo le informó que el valor de su mesada pensional para el año 2022 sería de \$1.053.363 a sus 57 años de edad; no obstante, indicó que si se efectúa la liquidación del IBL con el promedio de los últimos 10 años, se obtiene la suma de \$5.829.640 a la que se le aplica una tasa de reemplazo del 63.67% y arroja una mesada pensional de \$3.711.732 en el RPMPD; reclamó administrativamente el 17 de noviembre de 2020 ante las entidades demandadas (págs. 2-4 *idem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 31 de agosto de 2021, la demanda se admitió la demanda ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (arch. 7 C01).

Porvenir SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; formuló las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 1-32 arch. 9 *idem*).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del 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, falta de causa para pedir, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho reclamado y presunción de legalidad de los actos administrativos (págs. 1-28 arch. 6 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (arch. 13 *idem*).

Mediante auto del 1º de marzo de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colfondos SA, y se fijó fecha para audiencia (arch. 14 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia concentrada celebrada el 23 de junio de 2022, profirió varias sentencias, y frente al proceso de la referencia declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS, por ende no surtió efecto jurídico alguno, encontrándose válidamente afiliada al RPMPD; condenó a la AFP Porvenir SA, a transferir el saldo total de la cuenta individual de ahorro de la demandante, junto con los rendimientos financieros a Colpensiones, sin descuento alguno por conceptos de gastos de administración; condenó a Colfondos SA a devolver a Colpensiones las cuotas de administración; condenó a Colpensiones a registrar las semanas cotizadas por la demandante en ambas administradoras del RAIS, en la historia laboral de la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de las demandadas.

Consideró que conforme a precedente jurisprudencial vinculante y obligatorio de nuestro Máximo Órgano de Cierre de la especialidad ordinaria laboral, las AFP desde su creación estaban obligadas a dar información a la afiliada previo a los traslados, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información no se suple con la declaración preimpresa contenida en el formulario, pues solo demuestra el consentimiento pero no que fue debidamente informado, carga de la prueba que corresponde a las AFP, sin que hubieran cumplido con la carga de la prueba del deber de información. Finalmente adujo que este tipo de reclamos es imprescriptible y puede solicitarse en cualquier tiempo (archs. 24, 25 *idem*).

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir SA argumentó que frente a cada caso en concreto se deben estudiar las particularidades que rodearon el traslado del régimen y en este caso, teniendo en cuenta que lo que se dio fue un traslado horizontal, no estaba en cabeza de Porvenir SA ilustrar primigeniamente a la demandante, acerca de las características del RAIS, sin embargo corrió con las cargas formales y el deber de información según la normativa vigente en ese momento, por ende, no se le pueden atribuir más obligaciones de las que le correspondía, dado que el buen consejo y la doble asesoría se impusieron con posterioridad al momento histórico en el que ocurrió el traslado horizontal; además, el formulario que firmó la demandante se encontraba autorizado por la Superintendencia Financiera, así que goza de plena validez y efectos jurídicos, máxime cuando no fue desconocido ni tachado de falso y en todo caso, como consumidora financiera le asiste la obligación de asesorarse e informarse respecto de sus condiciones pensionales y mantener actualizados sus datos, conforme el Decreto 2241 de 2010.

Señaló que no es viable devolver los rendimientos financieros ni gastos de administración o primas de seguros previsionales, por cuanto estos últimos no se encuentran en su poder y la demandante no podría verse beneficiada de una característica privativa del RAIS, ni desconocer la gestión profesional realizada por la administradora durante el tiempo en el que estuvo afiliada al RAIS, dado que se iría en contradicción del art. 897 del CoCo, además conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 la AFP se encontraba autorizada para efectuar los respectivos descuentos, así que de acceder a ello, se afectaría el patrimonio propio de la AFP.

Colpensiones sostuvo que la *a quo* no tuvo en cuenta las especificidades del caso, por cuanto debió acudir a la carga probatoria reseñada en la sentencia T-422-2011, en la medida en que no se acreditó ningún vicio en el consentimiento de la demandante en el momento en el que realizó el traslado de régimen pensional, por tanto, el mismo se reputó libre y voluntario; agregó que se atenta en contra del principio de sostenibilidad financiera, dado que no resulta tener como afiliados a esa entidad personas que no cotizaron en el RPMPD por un período superior a 20 años.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional

de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02).

La demandante y Porvenir SA presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 5, 6 C02). Colpensiones y Colfondos guardaron silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria, entre ellas si es procedente la devolución de las sumas indicadas por la *a quo*.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 28 de marzo de 1965 (pág. 93 arch. 3); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 26 de julio de 1990 y el 30 de septiembre de 1994 un total de 61.14 semanas (págs. 190, 191 arch. 11, págs.. 29, 30 arch. 12); **iii)** el 13 de septiembre de 1994 se trasladó a Colfondos SA y el 24 de febrero de 1994 se traslado a la AFP Colpatria, luego Horizonte y hoy Porvenir (pág. 33 y 55 arch. 9), administradora a la que actualmente se encuentra afiliada.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera *'preimpresa'* en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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 elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos SA, el 13 de septiembre de 1994, frente a lo que no se puede pasar por alto que, Colfondos SA no contestó la demanda y tampoco aportó documental alguna relacionada con el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada a dicha AFP, constituyéndose un indicio en su contra al tenor de lo dispuesto en el art. 31 del CPTSS; posteriormente se trasladó a Colpatria 24 de febrero de 1994, AFP fucionada con Horizonte, hoy **Porvenir SA**, en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de traslado de régimen n.º 005413 (pág. 33 arch. 9, C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubieren suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 13 de septiembre de 1994 con su afiliación a la AFP Colfondos (pág. 55 arch. 9).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, en este caso a la AFP Colpatria, luego Horizonte y hoy Porvenir, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **modificará** y **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Colfondos SA como a la AFP Porvenir SA, la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por la *a quo*, junto con los aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»¹, por lo que resulta acertada la decisión de la jueza de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 23 de junio de 2022, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, como **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación de la demandante a cada una de esas AFP, los aportes pensionales, los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

¹ CSJ SL1688-2019.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

my.sharepoint.com/:f/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErFaHXE1_b5Nr8T--G_ctz4BFk7bQZmDGI8wmnK4kMjQ7g?e=dBTyNE

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6a7e5de32239ab9f4bf6322b9d3e9c61fe55cd9ce8aaeec6530b3dece551a49e**

Documento generado en 17/03/2023 08:51:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO SUMARIO
RADICACIÓN: 11001 22 05 **000 2023 00216 01**
EXP. SUPERSALUD N.º J 2019 – 2006
DEMANDANTE: ESTELLA RIVERA DE CASTAÑO
DEMANDADO: MEDIMÁS EPS SAS e INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA SA (CLÍNICA LAS VEGAS).

Bogotá DC, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Medimás EPS SAS contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante que se condene a las demandas a reembolsar la totalidad de los servicios de salud que estaban obligadas a asumir, por concepto de abonos realizados en la Clínica Las Vegas por un valor total de \$63.500.000,00; así mismo, que se ordene una visita de inspección, vigilancia y control a las encartadas y se dispongan las sanciones administrativas y pecuniarias a que haya lugar.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que el 20 de agosto de 2019, ingresó por urgencias a la IPS Universitaria Clínica León XIII, ubicada en la ciudad de Medellín – Antioquia, donde le informaron que no tenían convenio con Medimás EPS SAS por lo que fue remitida a la Clínica Inversiones Médicas de Antioquia SA (Clínica las Vegas), donde le informaron que debía hacer unos abonos para que la atendieran y poder dejarla hospitalizada, debido a que no tenían convenio con la EPS demandada; que

en la clínica en mención, le indicaron que durante todo el episodio de salud en la estancia de la UCI, la EPS no se había manifestado frente al envío del anexo técnico 3 o solicitud de servicios, por lo que uno de sus hijos se acercó a la sede administrativa donde le informaron que no podían hacer nada porque no había sistema; que ante el silencio de la EPS, uno de sus hijos interpuso acción de tutela, conocida por el Juzgado 4° Penal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, quien en sentencia del 17 de septiembre de 2019, amparó sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna y le ordenó a Medimás EPS SAS, que autorizara y la trasladara a una clínica de III nivel, que contara con UCI conforme a la indicación de los médicos tratantes; que una vez le dieron de alta, en la Clínica las Vegas, le informaron que no le serían devueltas las sumas pagadas por concepto de abonos, mientras la EPS hacía el envío de los anexos técnicos 4 o autorización de servicios de salud solicitados “*Estancia en Unidad de Cuidados Intensivos y demás servicios de salud*” que se requirieron durante la atención de urgencias para atenderla por la patología “*Síndrome de Guillain Barré*”, equivalentes a la sumas reclamadas; que la clínica se negó a emitir la factura por el valor total pagado y solo incluyó la suma de \$38.316.192, aduciendo que el excedente no sería autorizado por haber sido servicios prestados por fuera de la UCI; que el 24 de septiembre de 2019, presentó solicitud de reembolso por valor de \$38.316.192; que el 24 de octubre de 2019, recibió respuesta negativa a su pedimento, con fundamento en que el mismo no cumplía lo estipulado en la Resolución 5261 del 5 de agosto de 1994 (págs. 1 a 13, arch. 1).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 14 de mayo de 2020, ordenándose correr traslado y notificar a las accionadas (pág. 3, arch. 1.1).

Medimás EPS SAS, esgrimió que ese ente no incurrió en negligencia, pues se realizaron las respectivas autorizaciones para que la accionante fuera recibida y atendida en una UCI, tal como se ordenó mediante fallo de tutela. Agregó que no existe notificación por parte de la IPS Clínica las Vegas sobre la atención médica de la gestora, y que era deber de la misma atender la emergencia y posteriormente pasar la cuenta de cobro respectiva, gestión que no fue surtida por dicha prestadora (arch. “*ESTELLA RIVERA DE CASTAÑO J-2019-2006*”, carp. 2).

Inversiones Médicas de Antioquia SA (Clínica las Vegas), indicó en el escrito de contradicción que la convocante ingresó al servicio de urgencias de la clínica el 20 de agosto de 2019, en donde fue clasificada con Triage 4, sin embargo, y a pesar de que por dicha caracterización no era una atención de carácter urgente, lo que implicaba la derivación a la red de atención básica de la EPS, debido a la edad de la paciente se consideró conveniente el ingreso para una valoración inicial; que ese mismo día a las 21:20 horas en la valoración por medicina general se prescribió plan de egreso para estudios ambulatorios, sin embargo, ante la no mejoría de los síntomas a las 23:37 horas, se decidió hospitalizar por medicina interna y ampliar los estudios; que el 21 de agosto siguiente, a las 07:22 horas, la paciente fue evaluada por medicina interna, donde se consideró manejo por neurología, especialidad que la atendió a las 08:40 horas y estimó necesario descartar entre una lesión medular o una polineuropatía periférica; que el 23 de agosto de 2019, se estableció por neurología el diagnóstico de polineuropatía desmielinizante aguda (Guillain Barré) y tratamiento farmacológico correspondiente (Inmunoglobulina); que el 24 de agosto de 2019, se presentó progresión de la enfermedad con compromisos de músculos respiratorios, lo que hizo necesaria la intubación, ventilación mecánica invasiva y solicitud de traslado a la UCI (no disponible en ese momento en la clínica); que el 24 de agosto de 2019, a las 17:46 se ofició a la central de referencia nacional de Medimás y a la central de referencia de Antioquia, enviando con ello el Anexo n.º 9 estandarizado de referencia y la historia clínica, sin embargo, no se recibió respuesta del asegurador, por lo que dadas las condiciones de la usuaria y una vez liberado un espacio en UCI, se prosiguió con la atención requerida.

Agregó, que la promotora de la acción, acudió de manera espontánea al servicio de urgencias, en calidad de paciente particular, por lo que se les informó a sus acudientes todo el tiempo el presupuesto de los servicios requeridos y estos los aceptaron, y que en el momento en el que la atención pasó de un criterio de voluntad a necesidad, por la situación de mayor complejidad de la paciente, la Clínica inició el proceso con su respectiva aseguradora, habiendo recibido solo hasta el 29 de agosto de 2019, autorizaciones de Medimás para la atención.

De otro lado, refirió que el valor total de los depósitos en dinero efectuados a la Clínica por la demandante fue de \$51.512.800; que el recibo

de caja del 6 de septiembre de 2020, que fue relacionado por valor de \$12.800.000,00, no existe, pues el que se expidió realmente corresponde al valor de \$12.800,00; que sobre la facturación de los servicios prestados se encuentran las facturas de venta n.º CVFV1790136 por un valor de \$17.313.600, a cargo de Medimás EPS SAS, n.º CVFV1790182 por un valor de \$72.300,00 a cargo de Medimás EPS SAS, n.º CVFV1790183 por un valor de \$666.200,00 a cargo de Medimás EPS SAS y la n.º CVFV1782238 por un valor de \$38.316.192,00 a cargo de la señora Estella Rivera Castaño, última suma que fue descontada de los depósitos realizados por la activa a la institución, por lo que se le efectuó la devolución de \$13.124.908, mediante consignación del 18 de septiembre de 2019 (arch. “*Respuesta requerimiento NURC - 2019-724213*”, carp. 4).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en sentencia de 10 de marzo de 2022, accedió parcialmente a la pretensión formulada por la demandante y le ordenó a Medimás EPS SAS a reconocer y pagar la suma de \$38.388.492,00 (págs. 27 a 57, arch. 1.1).

Lo anterior, tras establecer que la accionante era una persona de 77 años para la época de los hechos, que acudió al servicio de urgencias a la Clínica Las Vegas el 20 de agosto de 2019, por presentar cuadro clínico de una semana de evolución consistente en dolor tipo urente en piernas en ocasiones con parestesias, lo cual, efectivamente requería de estudio y manejo médico intrahospitalario, que determinó el diagnóstico de Polineuropatía desmielinizante aguda (Guillain Barré), que llegó a comprometer los músculos respiratorios, por lo que se requirió intubación, ventilación mecánica invasiva y traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos.

Añadió que la IPS Clínica las Vegas, omitió realizar la verificación de derechos de la paciente y el reporte a Medimás EPS, de la atención inicial de urgencias, y la solicitud de las autorizaciones correspondientes, toda vez que como usuaria del sistema general de seguridad social en salud, tenía derecho al acceso a los servicios de salud, lo cuales fueron prestados por la IPS en mención, exigiendo a los familiares que la paciente hiciera su ingreso como

paciente particular y realizaran abonos de dinero, debido a que no tenían convenio con Medimás EPS, transgrediendo de esta manera la normatividad vigente respecto de la atención inicial de urgencias y subsiguiente atención, que derivó en la hospitalización y valoraciones por las especialidades de medicina interna y neurología, así como la estancia en UCI.

Sobre la responsabilidad de Medimás EPS SAS, dijo que debía tenerse en cuenta que la urgencia es definida por la RAE como “*Cualidad de urgente. Necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio*” y el concepto de urgencia dispuesto en el art. 3° del Decreto 412 de 1992 y en el art. 9° de la Resolución 5261 de 1994, así mismo, que la integridad física, funcional o psíquica, debe entenderse, como un estado de salud en estándares de normalidad, por lo que cualquier variación negativa de dicha condición respecto de la cual resulte previsible la afectación de la vida o funcionalidad de la persona, sin importar el grado de severidad, constituye un suceso equiparable a una urgencia, susceptible de atención inmediata y seguimiento por parte de la EPS a la que el usuario se encuentre afiliado.

De esa manera, concluyó que la EPS convocada incumplió lo consagrado en la Ley 1171 de 2007, respecto a la prestación de servicios de salud de manera oportuna, pues estimó que a efectos de garantizar la atención inicial de urgencias, no es necesario, que la IPS particular tenga que solicitar autorización o permiso de la aseguradora a la que se encuentra afiliado el paciente, ya que toda IPS que preste servicios de salud, está en la obligación de atender a la población que acuda ante una alteración de la integridad física o mental que genere una atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez o muerte, tal como lo dispone el art. 14 de la Ley 1751 de 2015.

Por último, refirió que de acuerdo con lo indicado en el literal p). del art. 10° de la Ley 1751 de 2015, los usuarios del sistema de salud tienen derecho a que no se les trasladen cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio; y, que además, la responsabilidad de las EPS no debe apreciarse desde la perspectiva de simple intermediario, sino desde la naturaleza del servicio y del compromiso con los afiliados.

IV. IMPUGNACIÓN

Medimás EPS SAS en Liquidación, impugnó la decisión del *a quo*; con fundamento en que mediante Resolución n.º 2022320000000864 - 6 del 8 de marzo del año 2022, ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a Medimás EPS SAS, por lo que los efectos jurídicos de dicha determinación, son los señalados en los artículos 116 y 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en consecuencia, se ordenó la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de la orden de liquidación, por ende, todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra Medimás EPS hoy en Liquidación, deberán presentarse oportunamente con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale por el Agente Liquidador.

Finalmente, refirió que en el caso de la reclamante reposa únicamente un proceso de reembolso bajo el número 31720, por valor de \$38.316.192, en estado devuelto médico, tal como se verifica en la comunicación oficial del 28 de marzo de 2022, la cual además de indicar las observaciones pertinentes, señala el incumplimiento de los requisitos para el mismo efecto establecidos en la Resolución n.º 5261 del 5 de agosto de 1994, los cuales deben ser tenidos en cuenta para resolver el presente asunto

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el párrafo 1º del art 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el 6º de la Ley 1949 de 2019, y num. 1º del art. 30 del Decreto 2462 de 2013, la Sala verificará si Medimás EPS SAS en Liquidación, debe ser exonerada del pago del reembolso solicitado por la demandante, por no cumplir el mismo con los requisitos establecidos en la Resolución n.º 5261 del 5 de agosto de 1994; en caso negativo, si la demandante debe radicar la acreencia dentro del proceso liquidatorio, para obtener el pago de las sumas reclamadas.

Procedencia del reembolso.- La Ley 1438 de 2011, expresó que el Sistema General de Seguridad Social en Salud estará orientado a generar

condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud y estableció entre otros principios los de calidad y eficiencia.

En los arts. 3° del Decreto 412 de 1992 y 9° de la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud, se definió como urgencia «(...) *la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte (...)*» y «(...) *la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras (...)*».

Y por su parte, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, estableció algunas reglas frente al reconocimiento de reembolsos al indicar que las entidades promotoras de salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta, entre otras situaciones, cuando se verifique la atención de urgencias en caso de ser atendido por una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS – causal que debe ser interpretada en armonía con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que particularmente en su art. 14 consagra la prohibición de la negación de prestación de servicios en el entendido que *“Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia”*.

Sobre la improcedencia del reembolso reclamado, se tiene que la EPS Medimás SAS únicamente alega que del contenido de la comunicación oficial del 28 de marzo 2022, se desprende el incumplimiento de los requisitos previstos en la Resolución n.º 5261 del 5 de agosto de 1994, los cuales deben ser analizados, de ahí que al remitirse esta Corporación a dicha misiva, encuentra que la encartada, en la misma, citó lo dispuesto en el art. 14 del referido acto administrativo y adujo como motivos de devolución *“soportes incompletos”* y *“Justificación incompleta o inconsistente”*.

Con esto, es preciso anotar que la EPS llamada a juicio no rebate en modo alguno en la alzada, las consideraciones que llevaron al *a quo* a establecer que desde el ingreso de la accionante a la Clínica las Vegas, que tuvo lugar, el 20 de agosto de 2019 a las 20:32 horas, cuando contaba con 77 años de edad, a pesar de la valoración inicial como *Triage IV*¹, su situación médica cumplía los presupuestos definidos normativamente para ser catalogada como una urgencia, tanto así que el mismo día a las 23:28 horas, luego de la interconsulta por medicina interna, se determinó se requería el traslado a hospitalización debido a la persistencia del dolor en piernas y el 21 de agosto siguiente se pasó a estudio de neuropatía periférica, con lo que finalmente, el 23 de agosto de 2019, por neurología se emitió el diagnóstico de polineuropatía desmielinizante aguda (*Guillain Barré*), habiéndose presentado el 24 de agosto siguiente, progresión de la enfermedad con compromisos de músculos respiratorios, lo que hizo necesaria la intubación, ventilación mecánica invasiva y solicitud de traslado a la UCI y condujo a que su hospitalización se extendiera en la IPS referida hasta el 6 de septiembre de 2019, conclusiones que comparte la Sala, al estar probados tales supuestos con la historia clínica adosada al plenario (arch. “H.C. ESTELLA RIVERA DE CASTAÑO”, carp. 3), más aún si se tiene en cuenta que según lo dispuesto en el art. 3° de Resolución n.º 5596 de 2015 “*El “Triage”, como proceso dinámico que es, cambia tan rápidamente como lo puede hacer el estado clínico del paciente*”.

Cumplida la condición exigida para que haya lugar a disponer el pago de las sumas dispuestas en primera instancia, en cuanto a la prueba de la atención de urgencias que fue requerida por la promotora del proceso, se tiene, que a pesar de que no se controvertió tampoco que la Institución Prestadora del servicio de salud, transgredió la normatividad vigente respecto de la atención inicial de urgencias y se prueba que solo hasta el 24 de agosto de 2019, la misma envió las solicitudes a la EPS convocada para que se autorizaran los servicios brindados a la paciente, quien accedió a ello, a partir del 29 de agosto siguiente (págs. 13 a 27, arch. “Anexos - NURC - 2019-724213”, carp. 4), no se puede perder de vista, como se dijo anteriormente, que las condiciones previstas en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994,

¹ Art. 5° de la Resolución n.º 5596 de 2015, del Ministerio de Salud y Protección Social “*el paciente presenta condiciones médicas que no comprometen su estado general, ni representan un riesgo evidente para la vida o pérdida de miembro u órgano. No obstante, existen riesgos de complicación o secuelas de la enfermedad o lesión si no recibe la atención correspondiente*”.

deben ser aplicadas en armonía con lo preceptuado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en el entendido de que en casos como el presente, no se requiere ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud, lo que implica que la falta de agotamiento de dicho trámite entre entidades, no es razón suficiente para denegar el reembolso deprecado, máxime cuando no es una situación que pueda ser atribuible en modo alguno a la usuaria, quien acreditó haber sufragado la sumas dispuestas en la sentencia de primer grado.

En consecuencia, se confirmará el fallo impugnado sobre el punto analizado.

Del pago de la obligación una vez se acuda al proceso liquidatorio de Medimás EPS SAS - Al respecto, debe decir esta sala que aún cuando se constata que mediante Resolución n.º 2022320000000864 - 6 del 8 de marzo del año 2022, se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a la EPS convocada, esta situación no la exime del pago de las obligaciones contraídas con anterioridad, como la que ocupa la atención de esta Sala, pues hasta esa data la entidad contaba con la libre administración de sus recursos para cubrir este tipo de acreencias, y no lo hizo.

Es claro entonces, que por sí sola la crisis económica en la que se vio inmersa, no resulta ser un justificante para haberse sustraído de sus deberes pecuniarios. En todo caso, el trámite de este tipo de procesos no se suspende, como consecuencia de las medidas preventivas obligatorias impuestas en el artículo 3º de la mencionada Resolución n.º 2022320000000864 - 6, de ahí que la orden impartida a Medimás, se encuentra ajustada a derecho.

De esa manera se tiene que para que el pago se haga efectivo, simplemente la condena impuesta queda sujeta a las reglas del concurso o liquidación empresarial; sin dejarse de lado, que los créditos laborales y de la seguridad social pertenecen a la primera clase de créditos consagrados en el artículo 2495 del Código Civil, y tienen privilegio excluyente sobre las demás categorías, sin que resulte necesaria ninguna modificación de la decisión en ese sentido.

Por lo anterior, la decisión de primera instancia se mantendrá incólume.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

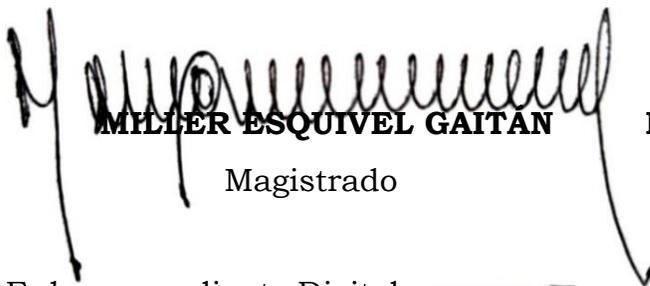
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COMUNICAR a las partes la presente sentencia por el medio más expedito, conforme al parágrafo 1.º del artículo 41 de la Ley 1121 de 2007, modificado por el artículo 6.º de la Ley 1949 de 2019, aplicable por analogía al trámite de segunda instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, una vez se haya comunicado a las partes, agotado el trámite de rigor y en firme esta providencia, previas las desanotaciones del caso.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Enlace expediente Digital:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f/g/person/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EolM1K9R_a1NhPRr1RSoXNkBw77gxG5eR81GcayB5o0Ksg?e=UO6cDa

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3236be7d4032e575a54f98460803471bc768ef8bffc5ddb9518a80144014f2a**

Documento generado en 17/03/2023 08:51:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **032 2019 00759 01**
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR HERRERA DÍAZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PORVENIR SA**,
COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS,
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍA **PROTECCIÓN SA**

Bogotá DC, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la última, respecto de la sentencia proferida el 27 de julio de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la nulidad e ineficacia de la continuidad en la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con las demandadas Colfondos, Porvenir SA y Protección SA, y que es válida su voluntad de estar afiliada a Colpensiones; en consecuencia, se condene a los fondos de pensiones privados, a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados y a Colpensiones a recibirlos.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 19 de junio de 1965; que ha cotizado al sistema general de pensiones desde antes de 1994; que permaneció afiliada a Colfondos SA del 31 de agosto de 1994 hasta noviembre de 1995, a Colmena hoy Protección SA del 8 de noviembre de 1995 hasta abril de 1997 y a Porvenir SA del 18 de marzo de 1997 hasta el 22 de abril de 1998; que el traslado de régimen pensional se surtió sin respetar el término de permanencia de 3 años establecido en el art. 13 de la Ley 100 de 1993; que el formulario de afiliación del 16 de agosto de 2019, suscrito con Colfondos SA tiene espacios alterados frente a la copia al carbón que esta bajo su poder; que para el tránsito de régimen y entre fondos privados, no le fueron explicadas las diferencias entre el RPM y el RAIS (Págs. 4 a 18 y 66 a 80, carp. 1).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 5 de febrero de 2020, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (pág. 93, carp. 1), quienes dieron respuesta en término oportuno, oponiéndose a la totalidad de pretensiones.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de aportes (Págs. 103 a 130, carp. 1).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** propuso las excepciones que denominó 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, 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 y prescripción (págs. 175 a 194, carp. 1).

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (págs. 2 a 28, arch. 8).

Colfondos SA Pensiones y Cesantías invocó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (págs. 2 a 18, arch. 9).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (pág. 173, carp. 1).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 27 de julio de 2022, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante el 30 de agosto de 1994, así como, los posteriores traslados entre administradoras del RAIS; en consecuencia, condenó a Porvenir SA y a Protección SA a trasladar con destino a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, respecto de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a cada una de las administradoras.

A su vez condenó a Colfondos SA Pensiones y Cesantías a trasladar los mismos conceptos, junto con la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos; y a Colpensiones, le ordenó recibir como afiliada del RPM a la promotora del proceso, sin solución de continuidad,

y en las mismas condiciones en las que se encontraba vinculada antes del traslado de régimen declarado ineficaz.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la normatividad aplicable, no se había probado que al momento de efectuar la demandante su traslado del RPM al RAIS, le hubiera sido suministrada información sobre las características de los regímenes pensionales y las diferencias entre estos, de manera que no se verificaba el cumplimiento del deber de información, sin que tal situación pudiera desprenderse de los formularios de afiliación, los cuales no tenían la virtud de demostrar dicha exigencia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** expuso que en este asunto no se tornaba aplicable la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que la demandante efectuó válidamente su traslado de régimen pensional, lo cual ocurrió, de manera libre, voluntaria y consciente, luego de haber recibido la debida asesoría.

En cuanto al deber de información, dijo que debía tenerse en cuenta que con el pasar de los años se ha tornado más exigente, sin embargo, las cargas o deberes a los que se hizo mención en primera instancia, fueron exigibles con posterioridad a la fecha en la que la promotora del proceso se trasladó de Régimen, por lo que no se puede hablar de la vulneración del derecho de libre elección en los términos del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

Agregó, que el formulario de afiliación, no solo implica la aceptación de la demandante de las condiciones del RAIS y el conocimiento que tenía la misma sobre los beneficios del mismo, sino además, su conocimiento sobre las consecuencias que acarrea su vinculación, pues dicho documento es prueba irrefutable de la expresión de la voluntad libre, consciente e informada, máxime cuando las responsabilidades a cargo de la AFP, no son una excusa para que la afiliada no hubiera indagado por su cuenta sobre las implicaciones del acto que estaba celebrando.

Sobre la condena relativa a trasladar los gastos de administración, adujo que la misma resultaba inequitativa, toda vez que con ello se está despojando al fondo de unas sumas que fueron causadas, como consecuencia de su actividad como administradora durante la afiliación de la demandante, la cual llevó a que se originaran los rendimientos financieros de los aportes. Así mismo, refirió que es la misma Ley 100 de 1993, la que prevé la posibilidad de destinar del monto total de los aportes realizados por los afiliados el 3% para cubrir los gastos de administración, los cuales, constituyen la remuneración de los fondos privados, por la correcta gestión y manejo de los recursos, de ahí que, de admitirse su devolución, sin que exista una compensación, se estaría dando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema; y, que si la accionante no se hubiese trasladado del RPM, también se hubiera destinado un porcentaje a cubrir tales gastos.

Respecto de la devolución de las sumas descontadas por seguros de invalidez y sobrevivencia, argumentó que debe tenerse en cuenta que estos dineros fueron trasladados a las aseguradoras contratadas por esa AFP, para garantizar la cobertura de tales riesgos, por lo que esos recursos cumplieron con la finalidad establecida en la misma ley, y tampoco resultaría pertinente su traslado al RPM.

Finalmente, refirió que debe recurrirse a lo normado en el Decreto 3995 de 2008, el cual debe aplicarse en eventos en los que por cualquier circunstancia deba efectuarse el traslado de recursos entre regímenes pensionales, sin disponer que deban devolverse gastos de administración y seguros previsionales; y, respecto de la indexación, argumentó que debe recurrirse a la figura de la compensación, debido a que los rendimientos financieros en el caso de la cuenta de la demandante, son superiores a los que se hubiesen generado en caso de que permanecer en el RPM.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** apeló la sentencia proferida y expuso que se debe revocar la sentencia, teniendo en cuenta que el art. 2º de la Ley 797 de 2003, en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, limitó el derecho a trasladarse de régimen pensional, y en este caso, la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni gozaba de ninguna expectativa legítima, ni derecho adquirido, por lo que no puede eximirse de la aplicación de tal disposición.

De otro lado, sostuvo que para el momento del traslado, la obligación del fondo solo era la de brindar información y el afiliado era quien debía determinar dónde realizaría sus aportes, por lo que es desmedido exigir que se hubiese realizado una proyección personal o imponer el deber de asesoría y buen consejo, cuando ello no era exigible, justamente porque se estaría violando el principio de confianza legítima, ya que los principios de legalidad y debido proceso, se predicen también respecto de la aplicación de las normas preexistentes al acto que se juzga. Pidió igualmente que se considere que la actora efectuó varios traslados horizontales entre distintas AFP, por lo que deben tenerse en cuenta tales actos de relacionamiento, para tener como ratificada la voluntad de permanecer en el RAIS.

Finalmente, aludió que al ser Colpensiones un tercero, no puede verse ni favorecido ni afectado con los resultados del proceso, de acuerdo con el principio de relatividad jurídica.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04. C002).

La demandante, Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la demanda, el escrito de oposición y en la alzada, respectivamente (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de

la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de junio de 1965 (Pág. 19, carp. 1); **ii)** cotizó al extinto ISS hoy

Colpensiones 107 semanas, desde el 30 de marzo de 1992 al 31 de agosto de 1994 (pág. 212, carp. 1); **iii)** que el 30 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos, con fecha de efectividad desde el 1º de septiembre de 1994 (Pág. 24 y 142); **iv)**; que el 18 de marzo de 1997, se afilió a la AFP Porvenir SA (Pág. 51, carp. 1); **v).** que el 22 de abril de 1998, se afilió a la AFP Colmena hoy Protección SA (Pág. 59, carp. 1); y, **vi).** que el 30 de mayo de 2008, se afilió nuevamente a la AFP Colfondos SA (Pág. 93 arch. 9)

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

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 elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de

acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos, el 30 de agosto de 1994, y si bien en el formulario de traslado se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 30 de agosto de 1994, con su afiliación a la AFP Colfondos, así como los posteriores surtidos con destino a las AFP Porvenir y Colmena hoy Protección SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionaré** la sentencia apelada y consultada, para ordenar, a Colfondos SA, a la AFP Protección y a la AFP Porvenir SA, efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y efectuar la discriminación y detalle de la totalidad de los valores objeto de devolución.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada.

¹ CSJ SL1688-2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 27 de julio de 2022, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA** y **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los bonos pensionales, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EggcSQA0tApOvYF7keNVjRQBaNa0Fj2-VPB8jrQRy8DmnQ?e=bU5pU4

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f4de5a0eb2998cac76309e25c7e440f18bb1137d17da8ea1061da75254b0aaac**

Documento generado en 17/03/2023 08:51:46 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **029 2019 00682 01**
DEMANDANTE: GUILLERMO MOSOS POSADA
DEMANDADAS: HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL

Bogotá DC, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que ocupaba al momento del despido o en uno de la misma o superior jerarquía y remuneración a partir del 23 de febrero de 2018 sin solución de continuidad, junto con el pago del salario integral, vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones a Porvenir SA, en salud a Famisanar EPS, los intereses moratorios en el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud y todos los derechos causados en el contrato de trabajo y que se hayan dejado de percibir hasta su reintegro. De manera subsidiaria, solicitó el pago por la indemnización por despido injusto e ilegal; más la indemnización de perjuicios morales ocasionados por el despido y la indexación de las sumas debidas frente a ambas pretensiones (f.º 42 y vto).

En la reforma a la demanda, se adicionaron como pretensiones principales que se declare la ineficacia de cada una de las cláusulas sobre *salario integral* pactada en el contrato de trabajo suscrito entre las partes y en cada una de las modificaciones al mismo; en consecuencia, se condene a la demandada al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por falta de pago de intereses a las cesantías, primas de servicio, reliquidación de los aportes a seguridad social en pensiones y salud con los respectivos intereses por mora en el pago y la reliquidación de las vacaciones, todas estas acreencias causadas entre el 2 de julio de 2013 y el 23 de febrero de 2018 y teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos, más la sanción del art. 99 de la Ley 50 de 1990.

Agrega como pretensiones subsidiarias a las indicadas en el párrafo inmediatamente anterior, que luego de declarar la ineficacia de cada una de las cláusulas sobre *salario integral* pactada en el contrato de trabajo suscrito entre las partes y en cada una de las modificaciones al mismo, se condene a la demandada al pago de las diferencias causadas entre el salario percibido y el salario integral legal y por tanto, se reliquiden las vacaciones y los aportes a seguridad social en salud y pensión, junto con los intereses por mora en el pago de estas cotizaciones, más la sanción del art. 99 de la Ley 50 de 1990 [sic]. Y que de no ser procedente el reintegro se condene al pago de la indemnización moratoria del art. 65 de CST (f.º 124-125 vto).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se vinculó mediante un contrato de trabajo a término fijo de 6 meses con la demandada desde el 2 de julio de 2013 con el fin de desempeñarse como Médico Pediatra, contrato que se prorrogó hasta el 1º de julio de 2018, cuando terminó por parte de la empleadora, más de un mes después de los hechos invocados como justa causa para terminar el vínculo; que nunca solicitó expresa o tácitamente ser escuchado en diligencia de descargos; no se tuvo en cuenta lo dispuesto en los arts. 92 y 93 del RIT.

Adujo que para el momento del despido pertenecía al Sindicato de Trabajadores del Hospital Universitario Clínica San Rafael y de Otras Entidades de la Orden Hospitalaria San Juan de Dios, pero no fue asistido por ningún representante de dicha organización en la diligencia de descargos; que la demandada no le especificó las faltas imputadas y por las cuales rendiría descargos, ni calificó provisionalmente tales conductas, sino que se endilgaron hechos genéricos, sin señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que

sucedieron, para preparar su defensa por supuesto incumplimiento de sus obligaciones frente a unos pacientes, tampoco le mostró las pruebas respectiva de los cargos formulados, ni le indicó que podía controvertir las pruebas allegadas en su contra; que siempre fue calificado en un nivel óptimo entre los años 2013 a 2017, nunca incumplió las obligaciones que le incumbían; y al momento de la terminación del contrato aún no había terminado la última prórroga y devengaba un salario integral de \$10.156.146 (f.º 43-44 vto).

En la reforma a la demanda adicionó que en el contrato de trabajo se pactó entre las partes el pago de un salario integral; sin embargo, la demandada pagó una suma inferior al mínimo integral previsto legalmente entre el 2 de julio de 2013 y el 31 de marzo de 2016, tiempo en el que también se efectuaron los aportes a seguridad social sobre una base inferior al salario mínimo integral; nunca se le pagó el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones (f.º 125 vto, 126).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 3 de diciembre de 2019 y su reforma el 30 de noviembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 51, 136), quien se opuso a lo pretendido bajo el argumento de que el despido con justa causa del demandante se desarrolló con sujeción al procedimiento reglamentario, por ende, contó con la oportunidad de rendir descargos y ejercer su derecho de defensa, sin que estuviera catalogado el despido como una sanción dentro de la compañía; agregó que entre los años 2013 y 2016 el demandante prestó sus servicios por medio tiempo para completar 24 horas semanales, motivo por el que para esa época solo se le pagaba medio salario mínimo integral posteriormente al cumplir jornada completa, el salario integral le fue pagado en forma completa al trabajador. Propuso las excepciones de mérito denominadas cobro de lo no debido, pago, compensación y prescripción (f.º 112-117, 140 CD f.º 139 págs. 1-17).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 23 de noviembre de 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la parte actora; tras considerar en cuanto a la solicitud de ineficacia de las cláusulas relacionadas con el salario integral, que

el monto mínimo debe ser de 13 smlmv de conformidad con el art. 132 del CST, sin embargo, ese número de salarios se pagó mensualmente desde abril de 2016 hasta el 2018, debido a que para los años 2013 a 2015, enero a marzo de 2016, se pactó que la demandada pagaría medio salario integral, por ende, encontró adecuado el pago efectuado para esos últimos años mencionados a razón de 6.5 smlmv al mes, pues es posible pactar un salario integral proporcional a la jornada de trabajo que tuvo el actor; por ende, no hay lugar a pagar los reajustes solicitados.

Consideró improcedente el reintegro, porque no era necesario el cumplimiento de formalidad alguna para proceder al despido, máxime cuando no se acreditó que el despido hubiera sido considerado por las partes como sanción disciplinaria, ni que el demandante estuviera afiliado a una organización sindical, en todo caso, fue llamado a descargos para brindar explicaciones y lo hizo por escrito, se le presentaron las pruebas respectivas, se le explicaron las faltas en las que incurrió y se acreditó en el proceso no solo el incumplimiento del horario de recepción y entrega de los turnos, sino que al no haber realizado el demandante dentro de su turno como médico pediatra, la valoración y el formato no pos sin seguir los protocolos médicos, se retrasó el tratamiento de antibiótico de un paciente pediátrico poniendo en alto riesgo su salud, debiendo ser valorado por otro médico en el turno que debía cubrir el actor; sin que se hubiera probado que se hubiere establecido un término para proceder a tomar la decisión de terminar el contrato, encontrándose que la misma fue tomada en un término prudencial, por ende no se vulneró el principio de inmediatez ni el debido proceso, siendo improcedente igualmente la indemnización por despido (f.º 152, 153).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante argumentó que demostró el despido y era a la demandada a quien le corría la carga probatoria de acreditar la ocurrencia de los hechos endilgados en la carta de terminación del contrato de trabajo, pero ninguno fue demostrado ni siquiera con la declaración de Ángela María Pedraza, porque no relató la verdad y fue evasiva en sus respuestas; en todo caso, cualquier hecho cometido que se tuviera como falta en el año 2017, fue perdonado para el 2018. Agregó que no le entregaron las pruebas para poderse defender en los descargos, de manera que el procedimiento para despedirlo no fue el adecuado, además se debe tener en cuenta que siempre tuvo una calificación óptima, que no se

acreditó el incumplimiento de turnos y que el representante legal de la demandada confesó que el paciente Iván Correa Murcia, se encontraba en la unidad de cuidados intensivos pediátricos, sin que él como médico pediatra estuviera facultado para atender pacientes en esa unidad; que las aseveraciones injuriosas plasmadas en la carta de despido, ponen en tela de juicio su integridad moral como médico prestigioso, debido a que siempre fue calificado en un nivel óptimo; por tanto, se debe acceder a las indemnizaciones por despido sin justa causa y por perjuicios morales debidamente indexadas.

Agregó que no es posible pactar un salario integral proporcional, sino que se le debió pagar el mismo en la forma establecida en el art. 132 del CST, por ende, las prestaciones sociales, aportes a seguridad social y descansos remunerados deben calcularse con base en la diferencia del salario pagado y el salario mínimo integral, lo que aplica tanto para las pretensiones principales como las subsidiarias, para que también se le pague el salario completo y la indemnización moratoria que no es incompatible con la indexación.

Finalmente adujo que debe ser reintegrado debido a que se incumplió el procedimiento señalado en el art. 89 del RIT y por tanto, el despido se tornó en ineficaz e ilegal al haber establecido una falta superior a la señalada en el mismo reglamento; adicional a ello, las pruebas que le entregaron para los descargos, son ilegibles, en todo caso, no se justificó que el empleador se hubiera tardado más de 1 mes para tomar la decisión desde el momento en el que se cometieron las supuestas faltas; de no ser necesario seguir el procedimiento establecido en la cláusula convencional [sic] para imponer la sanción, debe descontarse el tiempo en el que el empleador inicio el proceso disciplinario para efectos de la extemporaneidad del despido.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 3 de febrero de 2022 se admitió el recurso interpuesto; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 162, arch. 2 C02).

Las partes presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y en el recurso (f.º 164-170, archs. 3, 4 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar cuál fue el salario pactado entre las partes desde el inicio del vínculo contractual, con el fin de establecer si le asiste derecho al demandante a los reajustes que reclama tanto de su salario integral como de las restantes acreencias laborales invocadas, sanciones moratorias e indexación; posteriormente se establecerá si hay lugar al reintegro solicitado por presunta vulneración del debido proceso y del principio de inmediatez, o si en forma subsidiaria, es viable la imposición de las indemnizaciones por despido injusto y por perjuicios morales.

Régimen salarial integral.- Dado el carácter excepcional del salario integral, a voces del art. 132 del CST, debe constar por escrito, lo que ha sido criterio reiterado y actual de la jurisprudencia laboral (CSJ SL 9 may. 2003 rad. 19683, CSJ SL 9 ago. 2011 rad. 37264 y 40259; CSJ SL 28 feb. 2012 rad. 37592); En el presente caso, en el contrato de trabajo a término fijo de 6 meses suscrito entre las partes el 27 de junio de 2013, se pactó en la cláusula 5ª que la remuneración de los servicios prestados por el demandante como médico Pediatra a partir del 2 de julio de 2013, sería de *medio salario mensual integral que se descompone de la siguiente manera: como salario base la suma de \$2.947.500, y como factor prestacional del 30% la suma de \$884.250, de acuerdo con lo establecido por la Ley 50 de 1990. Salario único integral \$3.831.750* (f.º 10, 11, 74, CD. f.º 139 págs. 18-20, CD. f.º 71 arch. 4 págs. 1, 2).

Se aportó el otrosí n.º 1 suscrito entre las partes el 12 de abril de 2016, en el que se acordó que a partir del 5 de abril de 2016 se modificaría la jornada de trabajo del demandante de 24 horas semanales a 48 horas semanales y por tanto se ajusta el salario a uno integral completo que ascendía para la época a \$8.962.915 (CD. f.º 139 págs. 22), suma esta que resulta equivalente a 13 smlmv de la época, según el Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015.

El demandante en su interrogatorio de parte rendido en diligencia del 29 de octubre de 2021, admitió que fue a partir de la suscripción de ese otrosí, que su jornada laboral sufrió una modificación con la que se aumentó el número de

horas semanales a prestar el servicio como Médico Pediatra y señaló que nunca manifestó inconformidad alguna a su empleador en cuanto al salario integral que le estaban pagando, porque consideró que se estaba actuando legalmente (f.º 150, 159).

La liquidación final del contrato de trabajo que reposa a f.º 9, 75 y CD. f.º 71 arch. 4 pág. 3, da cuenta de que el demandante para la data en la que se terminó su contrato de trabajo el 22 de febrero de 2018, estaba devengando como salario integral la suma mensual de \$10.156.146, lo cual se encuentra acorde con lo estipulado en el art. 132 del CST y con el salario mínimo legal mensual vigente para la época que era de \$781.242 según el Decreto 2269 del 30 de diciembre 2017, pues ascendía a 10 smlmv, más el factor prestacional del 30% que es equivalente a 3 smlmv adicionales a los primeros 10, tal y como fuera pactado en el mencionado otrosí.

De esta manera, se verifica que en efecto, desde que inició el vínculo laboral las partes pactaron como remuneración un salario integral, sin embargo, el hecho de haber supeditado el monto de ese tipo de remuneración estrictamente a la jornada laboral efectiva que cumplía el demandante en forma semanal entre el 2 de julio de 2013 y el 4 de abril de 2016, de ninguna manera resulta violatorio de los derechos mínimos de un trabajador ni causa en absoluto un desequilibrio o inequidad en la relación sostenida con su empleador, pues el principio de proporcionalidad no es exclusivo del salario mínimo legal, cuando la jornada de trabajo sea inferior a la establecida legalmente, lo que se encuentra acorde con el num. 3º del art 147 del CST y con ello, se asegura que dicha remuneración especial estará en adecuada correlación con el tiempo efectivo de trabajo, pues en todo caso, al trabajador no se le podrá remunerar con una cantidad inferior a la que proporcional y legalmente le corresponde (CSJ SL 25 feb. 2009 rad. 35337, SL 28 abr. 2009 rad. 32310, CSJ SL3744-2018, CSJ SL1760-2020); y tal y como el mismo demandante lo admitió, para esos primeros años no cumplía con la jornada laboral completa o máxima semanal establecida en el art. 161 *ídem* y fue a raíz de la modificación efectuada a su contrato de trabajo, que inició con jornada laboral completa de 48 horas semanales hasta el final del vínculo contractual, por ende, a partir de allí, percibía la remuneración completa como se vio con la liquidación final de prestaciones sociales.

Así que, como la suma pactada en el contrato primigenio como medio salario mensual integral, equivalía a 6.5 smlmv de la época, según lo establecido

en el Decreto 2738 de diciembre 28 de 2012, que incluye evidentemente el monto mínimo estipulado en el citado art. 132 del CST, más el factor prestacional, pero en forma proporcional para alguien que como el demandante, solo laboraba media jornada semanal de 24 horas en total, la cláusula se encuentra totalmente ajustada en derecho siendo inviable declarar su ineficacia como lo pretende el demandante, pues el mencionado artículo 132 no prohíbe expresamente pactar un salario integral en forma proporcional a la jornada de trabajo desarrollada por un trabajador; lo que conlleva a **confirmar** la decisión de primera instancia en este preciso aspecto.

Reintegro.- Para que un despido pueda ser catalogado como ineficaz, bajo los postulados procurados en este asunto, es preciso que las disposiciones que rigen las relaciones de trabajo, ya sean de orden legal, extra o suprallegal, presupuesten taxativamente algún tipo de estabilidad en el empleo como consecuencia jurídica de la terminación unilateral del contrato de trabajo, ya que por regla general el empleador, bajo los estamentos de los arts. 62, 63 y 64 del CST, cuenta con la potestad de finalizar el vínculo laboral, alegando o no justa causa o modo legal de terminación, mediando el pago de la indemnización respectiva, si es del caso, todo ello sin que converja la ineficacia del despido.

Adicionalmente, en lo que refiere a la garantía del debido proceso al momento de la finalización del vínculo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL2351-2020, fijó unas nuevas pautas sobre ese tópico y se concluyó que, aún en el evento en el que se verifique la terminación del contrato de trabajo sin el cumplimiento previo de los procedimientos establecidos en las disposiciones que rigen la relación laboral, ello *per se* no implica que haya lugar a la ineficacia del despido, seguida del reintegro del trabajador, porque de cualquier modo, para ello, tal consecuencia jurídica tendría que estar expresamente consagrada, legal o extralegalmente, pues de lo contrario, el efecto jurídico que produciría el desconocimiento del debido proceso es el determinado en el art. 64 del CST, es decir, el pago de una indemnización por cuanto deviene en un despido sin justa causa; así mismo, de antaño se ha establecido que el despido no tiene carácter sancionatorio, y solo es necesario escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa cuando se endilga la causal 3ª del lit. a) del art. 62 *idem* (CSJ SL13691-2016, reiterada en la CSJ SL1981-2019).

En este caso, el actor pretende el reintegro a un cargo similar o mejor al que tenía al momento de la desvinculación, con fundamento en que la demandada no agotó en debida forma el procedimiento previsto en los arts. 92 y 93 del RIT (según lo dicho en el libelo introductor, mientras que en el recurso se adujo el art. 89 *idem*), para dar paso a la terminación del contrato de manera unilateral.

A fin de desatar la inconformidad planteada por el recurrente, es menester indicar que al expediente se incorporó el Reglamento Interno de Trabajo aprobado mediante la Resolución n.º 373 del 5 de mayo de 1987, con su actualización del 21 de noviembre de 2012 con la respectiva circular informativa n.º 030-12 sobre su publicación; y aun cuando el demandante en el interrogatorio de parte pretendió desconocer su existencia, no se puede pasar por alto que él también lo aportó como prueba en la demanda. Sin embargo, de los artículos en mención no se verifica que el despido haya estado sujeto a un trámite previo, pues específicamente en los arts. 81 y 83, en donde se imponen las obligaciones especiales de la clínica y se fijan las prohibiciones a la entidad, tal aspecto no se observa, y en los arts. 85 a 87, 92 y 93, no se colige que el despido haya sido considerado como una sanción (f.º 12-28, 94-106, CD. f.º 71 arch. 5).

Por lo que, en el presente caso, la terminación unilateral del contrato de trabajo no obligaba al empleador a observar un trámite previo o proceso disciplinario, tendiente a la verificación de los hechos o situaciones que pudieran dar paso al rompimiento del contrato de trabajo, pues basta con que concurra una causal legal de terminación para que el empleador quede habilitado para poner fin al vínculo contractual; sin embargo, pese a que no era una obligación, legal, contractual ni reglamentaria, la demandada llevó a cabo diligencia de descargos el 13 de febrero de 2018, en donde le otorgó al demandante la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa, lo que es una garantía que redundaba en beneficio del trabajador, quien tuvo la posibilidad de justificar la levedad de sus actos o probar que no incurrió en las faltas atribuidas.

Tal como lo ha precisado la jurisprudencia laboral, el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y tampoco tiene la naturaleza que ostenta esta, por lo que legalmente no está sujeto a un trámite previo, a menos que así se hubiera pactado en el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral (CSJ SL17404-2014, SL13691-2016, CSJ SL10297-2017 y CSJ SL8307-2017), lo que aquí no acontece.

En ese orden, se tiene que la terminación del contrato en la legislación laboral, tiene una regulación propia prevista en el art. 61 del CST, para lo que interesa, el literal h), permite la decisión unilateral del empleador en los casos de los arts. 7º del Decreto 2351 de 1965 y 6º de la Ley 50 de 1990, sin perjuicio, de que las partes o sujetos del contrato de trabajo puedan convenir de manera distinta dentro del principio de la autonomía y voluntariedad que los inspira (CSJ SL15094-2015), que en todo caso el empleador escuche al trabajador previamente a ser despedido como garantía del derecho de defensa. En consecuencia, no se equivocó la *a quo* al denegar la pretensión del reintegro, por no haberse probado por el actor al tenor de lo dispuesto en los arts. 164 y 167 del CGP, la disposición legal o extralegal que respalde tal pedimento, lo que conlleva a **confirmar** en este punto la decisión apelada.

Despido justo - requisito de inmediatez entre la falta y el despido.-

Para que proceda la indemnización por despido sin justa causa, es necesario que el trabajador demuestre el hecho del despido, es decir, la iniciativa del empleador de ponerle fin a la relación contractual laboral existente, para que se le traslade a éste la carga de demostrar que dicho despido se llevó a cabo, con una justa causa (CSJ SL15094-2015, CSJ SL5523-2016 y CSJ SL4849-2018).

Ahora, la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser oportuna, esto es, entre la terminación del contrato y el conocimiento de la falta, no debe mediar un término amplio, a lo sumo el que resulte razonable, al punto que, en caso de no procederse inmediatamente o dentro de un plazo prudencial, deba entenderse en sana lógica, que el empleador perdonó, condonó, o dispensó la presunta falta cometida por el trabajador (CSJ SL 17 may. 2011 rad. 36014, CSJ SL 28 ago. 2012 rad. 38855, CSJ SL 30 ene. 2013 rads. 38272 y 41867); pues aunque la legislación no exija que el despido sea inmediato o simultáneo con el hecho que da lugar al mismo, se ha entendido que debe darse dentro de un tiempo razonable, respecto del cual no quede duda que el motivo del rompimiento es el alegado, en pro de no hacer desaparecer el nexo causal entre uno y otro aspecto; y, le corresponde al juzgador determinar si el tiempo que ha transcurrido entre dichos sucesos es justificado o no, o excesivamente prolongado (CSJ SL 26 jun. 2012 rad. 44155, CSJ SL488-2013, CSJ SL2412-2016 y CSJ SL3655-2016).

En este caso, obra de f.º 5 a 8, 75 vto a 77 vto, CD. f.º 71 arch. 4 págs. 4-8, la carta de terminación del contrato de trabajo en la que el 21 de febrero de 2018 se le exponen al demandante 6 cargos por los cuales el Director de Talento Humano HUCSR decidió cancelarle el contrato por justa causa comprobada a partir del 23 de febrero de 2018, dentro de los cuales se encuentra las siguientes situaciones que según el dicho de la demandada redundan en la negligencia y omisión de los deberes del demandante como Pediatra establecidos en los literales e), g), h) y j) del art. 78 del RIT, el num. 1º del art. 82 *idem*, y en el num. 1º del art. 58 del CST y la renuencia a cumplir, observar y/o acatar las disposiciones y protocolos que sobre la materia ha dispuesto la Clínica, al igual que la omisión del cumplimiento de sus deberes profesionales: *i)* la no valoración del paciente pediátrico Thiago Alejandro Montaña dentro de las oportunidades que señalan los protocolos médicos, exponiéndolo a un riesgo vital; *ii)* incumplimiento del horario de salida tras advertir dentro del horario de turno, que el demandante ha debido valorar al mencionado paciente y no lo hizo, dado que se fue a las 5:30 am sin haber entregado cabalmente el turno; *iii)* no valoró al mencionado paciente a pesar de que la situación era crítica, por tanto tuvo que ser valorado por el Dr. Felipe Valbuena a las 6:45 am; *iv)* no elaborar notas clínicas pues no existe evidencia de que frente a la atención de la paciente hija menor de Angie Lorena Cruz, se hubieren interpretado exámenes y que como consecuencia de ello, se hubieran elaborado las notas clínicas respectivas ya que la interpretación se efectuó el 16 de enero de 2018 por el Dr. Arnold Camacho a las 11 am, un turno posterior al del demandante; *v)* no realizar los formatos MIPRES respecto del antibiótico Cefuroxime, el cual solo se limitó a formular en el sistema Heon el 16 de enero de 2018 a las 6 am, por tanto no fue posible suministrarlo a tiempo poniendo en riesgo la evolución clínica favorable del paciente, dado que tuvo que ser elaborado ese mismo día a las 8:18 am por la Dra Sandra Carolina Guzmán, en un turno posterior al del demandante; *vi)* no interpretar los exámenes solicitados, por cuanto frente a los casos puntuales allí expuestos no se encontró registro alguno de ello.

Así las cosas, en primer lugar debe advertirse que no es viable hablar de extemporaneidad del despido del demandante, porque si bien se aducen hechos ocurridos en enero de 2018, se hizo referencia a un relato cronológico de lo sucedido como lo imponen las normas laborales, máxime cuando la jefe inmediata del demandante, afirmó en su declaración como más adelante se verá, que tomó la decisión de sugerir la terminación del vínculo contractual ante la cantidad de irregularidades que encontró en forma continua respecto del

cumplimiento de las labores del demandante, dado que continuaba recibiendo quejas no solo de pacientes sino también de los colegas del actor y del personal de enfermería que interactuaba con él.

Además, frente a estas situaciones se aportó un informe rendido por Ángela María Pedraza Bernal a través de correo electrónico del 23 de enero de 2018, en el que se indicó que existen unas falencias que ha presentado reiteradamente el demandante, relacionadas con que la paciente hija menor de Angie Lorena Cruz, ingresó por urgencias el día 15 del mismo mes y año, sin que el demandante le interpretara los exámenes de laboratorio en su turno, por tanto tuvo que ser valorada en la mañana siguiente y se constató que no solo debían interpretarse los exámenes de bilirrubina, sino requerir parámetros de fototerapia, tomar conducta con los laboratorios clínicos, y solicitar cama en neonatos intensivos para exanguinotransfusión. Se informó que el 22 de enero del mismo año no se valoró a la paciente. También se puso en evidencia que la Jefe Nubia Moreno informó que el actor salió a las 5:30 am del 23 de enero de 2018 dejando abandonado el servicio, por lo que el Dr. Felipe Valera tuvo que valorar al paciente a las 6:30 am, encontrándolo con dificultad respiratoria importante, por lo que debió ser remitido a urgencias por no existir una cama en UCI. Por otra parte, se informó que en relación con un paciente no se efectuó el formato NO POS de Cefuroxime, que se encontraba formulado desde el 16 de enero de 2018 a las 6 am en el sistema Neón, motivo por el cual no se inició el antibiótico y tuvo que ser realizado el formato por el médico de turno siguiente, retrasándose hasta medio día la administración del fármaco. Por este motivo, se sugirió por parte de la Coordinadora que suscribió el informe, tomar medidas radicales para no poner en peligro la seguridad de los pacientes (f.º 30, 31, 80, 81, CD. f.º 71 arch. 2 págs. 3-6).

En la citación a diligencia de descargos del 30 de enero de 2018 el Abogado de Talento Humano de la demandada le indicó al demandante que el 9 de febrero siguiente debía comparecer a responder el informe presentado por Ángela María Pedraza Bernal, Gestora de Pediatría, según el cual presenta falencias en la atención de los pacientes a él asignados, e incumple el horario de salida sin entregar el turno a otro profesional que le reciba, no valora a los pacientes críticos con deterioro clínico, no elabora las notas médicas respectivas, no realiza los formatos MIPRES correspondientes, ni interpreta los exámenes solicitados; aunado a que según información de la Jefe Nubia Rocío Moreno Fonseca, el demandante abandonó el servicio el 23 de enero de 2018 sin mediar autorización,

arriesgando la salud de un paciente. También se le advirtió que podía ser acompañado por 2 compañeros de trabajo o 2 representantes del sindicato al cual pertenezca. El demandante recibió la citación el 8 de febrero de 2018 (f.º 29, 79, CD. f.º 71 arch. 2 pág. 1).

La diligencia de descargos se desarrolló finalmente el 13 de febrero de 2018 a la cual asistió el Abogado de Talento Humano y el demandante, quien a pesar de la advertencia realizada en la citación a descargos y recordada aquel día en cuanto a que podía estar acompañado de otras personas, contestó “*vengo solo*” y simplemente aportó respuesta de los descargos que le fueron imputados en escrito de 8 hojas y una USB, sin querer agregar nada más en forma verbal (f.º 32, 79 vto, CD. f.º 71 arch. 2 pág. 2). Frente a este aspecto, el demandante en su interrogatorio de parte manifestó que sí tuvo la oportunidad de rendir descargos, así que lo hizo por escrito (f.º 150, 159), documento que reposa de f.º 33 a 36, 82 a 85 vto y CD. f.º 71 arch. 2 págs. 7-14, del cual se desprende que no aceptó ninguna de las conductas endilgadas.

Para dar claridad a lo sucedido, la testigo Ángela María Pedraza Bernal, Médica Pediatra especializada en Neumología Pediátrica y Gestora del Departamento de Pediatría, dijo que labora en la demandada desde abril de 1998, ocupando el último cargo aproximadamente desde el año 2017. Informó que debe coordinar el área administrativa y asistencial del departamento de pediatría incluyendo la atención de los niños en el servicio de urgencias, en la unidad de cuidado intensivo y en el servicio de hospitalización, desarrollando las disposiciones dadas por la Secretaría de Salud de Bogotá para la atención de la población infantil y en tal sentido, señaló que era la jefe directa del demandante, quien laboró en el servicio de hospitalización de dicha área y los últimos turnos rotativos secuenciados que desarrolló eran los atinentes a 7 pm a las 7 am en los días ordinarios o de 24 horas en días sábados, domingos y festivos, con funciones administrativas y asistenciales de atención a los niños en el servicios de hospitalización.

Señaló que, al tratarse de pacientes pediátricos – niños, requieren una vigilancia más especial y supervisión continua en relación con el cuidado de su salud por ser población vulnerable que presenta rápidos cambios en su estado de salud, por tanto en 1 o 2 horas pueden agravarse clínicamente, ponerse en riesgo su vida o incluso fallecer, debido a que el hospital demandado es de cuarto nivel y por ende, los pacientes que llegan a la institución son de alto riesgo,

críticos y muy críticos; afirmó que no tuvo conocimiento de la carta de terminación del contrato del demandante, pero debido a sus funciones, le consta en forma directa que en la atención que brindaba el demandante, se presentaron bastantes dificultades porque dentro de sus funciones estaba el vigilar este tipo de situaciones, pero no lo hacía, pues el personal de enfermería en varias ocasiones le presentó a ella quejas relacionadas con que el demandante se iba a descansar a las 10 pm al cuarto de estar médico y lo llamaban para hacer tanto la vigilancia de la evolución como la valoración de los niños en las historias clínicas y no lo hacía, como tampoco existían notas que reflejaran su labor asistencial en las historias clínicas de los niños asignados en los turnos que el demandante desempeñó, pues ello no lo encontraba registrado en el sistema del hospital.

Agregó que el actor llegaba en bastantes ocasiones tarde a recibir los turnos a él asignados previamente y en forma secuenciada; que tenía conocimiento con anticipación de la fecha y hora en la cual debía recibir los turnos en forma presencial; no obstante, como Gestora de dicha área, recibió quejas de los colegas del demandante, porque le indicaban que él llegaba 1 o 2 horas tarde a la recepción de turno, incluso, hubo una ocasión en la que no se presentó en el turno asignado de 24 horas un fin de semana sin justificación alguna ni aviso previo; percibió que en muchas ocasiones en los turnos del accionante hubo pacientes con deterioro clínico porque no eran evaluados por él. Informó que también le asignó labores relacionadas con la contestación de quejas o informes o realización de guías en respuesta a solicitudes elevadas por la Secretaría de Salud, pero varias veces no ejecutó tales actividades, porque era frecuente que se rehusara a cumplir y a acatar algunas tareas incluso a dar respuesta a solicitudes elevadas por el mismo Departamento, o rendir conceptos de mortalidad de paciente o a firmar la socialización del programa de Seguridad de Paciente; y que, no se quiso adherir a los distintos protocolos de manejo institucional.

Relató que debido a que ella fue la jefe del demandante, tuvo que rendir varios informes poniendo en conocimiento de Talento Humano, los incumplimientos en que aquel incurría, en relación con la atención de los pacientes y los inconvenientes que ella presenció en la prestación de la labor asistencial y administrativa, así como respecto de las reiteradas llegadas tarde a determinados turnos; informó que ella y el Departamento de Atención al Usuario también recibieron quejas de los representantes de varios pacientes menores de

edad, debido a la atención asistencial que debió procurarles el actor y por la mala actitud de éste al recibirlos; observó que el demandante en alguna oportunidad administró una dosis inadecuada de un antibiótico a un paciente y tuvo que enviarle un correo electrónico de retroalimentación de tal suceso.

En medio de su declaración, se le permitió leer el detalle del ingreso tardío del demandante frente a algunos turnos que debía iniciar a las 7 pm, y de algunas historias clínicas de pacientes pediátricos, de las que indicó que para el 26 de diciembre de 2016, no hay reporte de los resultados de los exámenes, para el 3 de febrero de 2017 no hay notas de la evolución asistencial, siendo turnos en los que le correspondía al demandante llevar a cabo esas actividades, por tanto, en cuanto se percató de ello, tuvo que poner tal situación en evidencia de Talento Humano y así mismo, al percibir no solo errores en las historias clínicas de varios pacientes en diciembre de 2017, sino que frente a ellos no se reportaron los exámenes realizados o no se registraban los datos completos, adujo que ella le remitió un correo electrónico al demandante con el listado de dichos pacientes, pues fueron reportados por la Coordinadora del área de Seguridad de Paciente.

Insistió en que ella como Gestora Coordinadora reportó a Talento Humano todas las inconformidades que tuvo en relación con la atención asistencial y administrativa del demandante y, además, le envió varios correos a éste, solicitándole modificar ese tipo de conductas, pero él solo contestaba “*gracias Dra. Pedraza*”. Manifestó que frente a tantos sucesos repetidos con el demandante en los años 2016 y 2017 bajo las mismas circunstancias ya descritas a nivel asistencial y administrativo, se solicitó a Talento Humano la cancelación del contrato de trabajo del demandante, porque incluso en el año 2018, también dejó de valorar a algunos pacientes durante los turnos a él asignados por el Departamento en las horas de la noche ya que se iba a descansar al cuarto de estar médico, lo cual fue presenciado también por varios pacientes que se quejaron; además continuaba llegando tarde a recibir los turnos y se iba antes de completar los turnos, que debían ejecutarse en forma completa y presencial debido a las indicaciones de los hospitales, porque no se puede dejar libre el servicio y sin profesional responsable que atienda el turno, razón por la que continuaron las quejas de los compañeros del demandante.

Sostuvo que cuando el profesional médico solicita la realización de un examen, este llega a la historia clínica, pero el resultado debe ser interpretado; sin embargo, en época cercana a la terminación del vínculo, se logró evidenciar

que el demandante no realizaba tal labor frente a los pacientes hospitalizados, además, el área de Seguridad de Paciente continuó enviando reportes en los que se evidenciaba la no valoración de los pacientes en la hora de asignación asistencial que tenía el demandante. Agregó que en caso de que hubiera problemas para entrar a las plataformas respectivas a diligenciar los formatos MIPRES, se cuenta con un formato de contingencia al cual tienen acceso todos los profesionales porque está colgado en la página web del Ministerio y con ello, se puede sortear ese tipo de situaciones y se reporta la ausencia de los MIPRE, por cuanto si no se realiza ese formato, determinados medicamentos no pueden ser dispensados ni se pueden hacer los trámites ante el Ministerio para su obtención, lo cual resulta ser una necesidad importante para la atención de los pacientes; no obstante a todos los profesionales por igual se les solicita que terminen de realizar los procesos administrativos de los pacientes.

Como esta declaración fue rendida de forma clara, uniforme, coherente, espontánea, con la razón de la ciencia de su dicho conforme el art. 221 del CGP, se le da pleno valor probatorio, ya que reforzó de manera amplia y detallada lo manifestado en el informe atrás reseñado, y más aún, cuando también a f.º 86 se aportó un reporte de dicha testigo como Gestora del Departamento de Pediatría del 7 y 8 de junio de 2017, dirigido al Gestor de talento Humano, informando que el demandante llegó tarde a recibir el turno de las 7 am, porque se dieron la 7:35 y nunca llegó en ninguno de los dos días, lo cual se ha tornado repetitivo (f.º 86 y vto), lo que ratifica lo manifestado por la declarante, en cuanto a los reiterados incumplimientos del actor.

Adicional a lo anterior, aun cuando se trata de situaciones acaecidas en años anteriores a la terminación del vínculo del demandante, no se puede pasar por alto, que la demandada anexó 2 quejas radicadas por Aida Luz Reina Castro, Mónica Arévalo Moreno y María del Carmen Gómez, representantes de los pacientes Sebastián Felipe Guasca Reina, Amy Luciana Bernal Arévalo y Jerónimo Arboleda Gómez, respectivamente, del 26 y 27 de junio de 2017 en su orden y, de las que se desprende que fueron interpuestas en contra del demandante por situaciones presentadas en el piso de pediatría y en urgencias pediátricas, debido al mal trato recibido y negligencia en las valoraciones efectuadas (f.º 87 vto-90).

También se aportaron otras quejas reportadas al Director de Talento Humano de la demandada por la Gestora del Departamento de Pediatría y

Pediatra Neumóloga, Ángela María Pedraza B, la Auxiliar Administrativa Gloria Stella Torroledo y la Coordinadora de Seguridad del paciente, Carolina Bermúdez Avendaño, relacionadas con situaciones presentadas con deficiencias en los servicios prestados por el demandante entre noviembre y diciembre de 2016 y febrero de 2017, como el requerimiento reiterado para el cumplimiento en tareas asignadas en cuanto al concepto de mortalidad de una paciente, la socialización de requerimientos por errores de identificación, la firma en retroalimentaciones, errores en el contenido de las historias clínicas por colocación en evolución que no corresponde, la no realización de ingreso de pacientes hospitalizados, el comportamiento inadecuado en los turnos por irse a descansar al cuarto de estar médico dejando a los residentes a cargo de los pacientes y sin supervisión, o no cumplir con turnos asignados sin justificación alguna, el llegar tarde, el dormir en los turnos, el no valorar a los pacientes y tener historias clínicas mal interpretadas (f.º 90 vto -93 vto). Y se aportó constancia de que el demandante ya había sido llamado a rendir descargos en diciembre de 2016, por situaciones similares a las ya reseñadas (f.º 107-111).

Toda esta documental, sustenta las afirmaciones realizadas por la única testigo que rindió su declaración en este proceso, con la que se verifica que de manera injustificada el demandante sí pasó por alto los procedimientos, instrucciones, correcciones y recomendaciones establecidos por su superior para efectos de ejecutar a cabalidad sus funciones, pues en reiteradas ocasiones incumplió con su deber como Médico Pediatra, sin recabar en que con sus actitudes profesionales, ponía en riesgo mortal y evidente la salud y vida de los pacientes pediátricos; evidenciándose así su falta de interés, de compromiso y de responsabilidad en el cumplimiento de las labores asignadas, actuaciones que van en contravía de lo establecido en los arts. 78, 82 y 84 del RIT en donde se establece las prescripciones de orden y las obligaciones especiales a cargo de los trabajadores y sus prohibiciones (f.º 12-28, 94-106, CD. f.º 71 arch. 5), y en el contrato de trabajo, específicamente en el parágrafo 2º de la cláusula 6ª, en donde se estableció como justas causas para dar por terminado el vínculo en forma unilateral, las contempladas en el art. 7º del Decreto 2351 de 1965 y cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los arts. 57 a 60 del CST, junto con la violación por parte del trabajador de cualquiera de las obligaciones legales, contractuales o reglamentarias, la no asistencia puntual al trabajo o a una etapa completa de la jornada de trabajo, sin excusa suficiente a juicio de la empresa, entre otras (f.º 10, 11, 74, CD. f.º 139 págs. 18-20, CD. f.º 71 arch. 4 págs. 1, 2).

De modo que acertó la juzgadora de instancia en la valoración en conjunto que hizo del material probatorio, al tenor de lo dispuesto en el art. 61 del CPTSS, para encontrar acreditada la causal relacionada con la violación e incumplimiento grave y sistemático de las obligaciones adquiridas por el demandante como Médico Pediatra, frente a sus pacientes pediátricos, de quienes se predica un especial cuidado; encontrándose así satisfecha la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el conocimiento del empleador sobre las faltas endilgadas y el despido, sin que de algún modo, se pueda catalogar el tiempo que utilizó la clínica para la verificación de los hechos endilgados, como injustificadamente prolongado o extemporáneo e inoportuno, como en forma errónea lo considera el apelante, sino por el contrario, como moderado y prudencial, para llevar a cabo las averiguaciones necesarias para esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron las faltas, lo que finalmente apuntó a que el incumplimiento en las obligaciones del trabajador fue sistemático, siendo ello verificado luego de las múltiples quejas que recibió la jefe inmediata por parte de los representantes de los pacientes menores de edad, de los colegas de turno del demandante y del personal de enfermería que apoyaba tales turnos, así que en ningún error incurrió la juzgadora de instancia, cuando negó el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, aquí reclamada y por ende, la indemnización de perjuicios pretendida, al tener mérito para configurarse la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo celebrado entre las partes, teniendo en cuenta las importantes funciones que debió ejercer el demandante.

Por último es relevante precisar que, hasta aquí basta con haber comprobado por lo menos lo atinente a la conducta relacionada con el incumplimiento sistemático de las funciones y obligaciones a cargo del demandante, que se considera una falta grave que da paso a la justeza del despido, dado que para la Sala ese hecho tiene mérito o fuerza para ese efecto, por lo que al tener la entidad apta para configurar una causal de tal naturaleza, resulta suficiente para tener por legítimo el proceder del empleador (CSJ SL 16 oct. 2008 rad. 35545, CSJ SL 20 oct. 2009 rad. 36558, y CSJ SL8643-2014), sin que resulte necesario el estudio de las otras causales endilgadas al demandante en la carta de despido, relacionadas con la atención del paciente Thiago Alejandro Montaña.

Son estas las razones que llevan a **confirmar** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 23 de noviembre de 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqFVmhjeI75PklYJ_kmifa4BM2aNbX9Ux2rkK18oWkDTFw?e=Xe1x4S

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a2c7e7793052c8f3d63079359c281c158c604cc8a57a7034ffebf1d457646c14**

Documento generado en 17/03/2023 08:51:45 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **025 2019 00787** 01
DEMANDANTE: RAMÓN JOAQUÍN NIÑO GALEANO
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES

Bogotá DC, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se condene al reconocimiento y pago de los incrementos por personas a cargo a partir del 1° de octubre de 2000, del 14% hasta la fecha del pago y del 7% hasta cuando su hija haya cumplido los 18 años de edad, sobre la mesada pensional inicial de \$3.706.651, junto con los aumentos anuales legales, intereses moratorios e indexación (págs. 7, 8 arch. 1 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que el extinto ISS le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución n.° 01359 de 2001 en aplicación del art. 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 71 de 1988 inicialmente, en cuantía inicial de \$3.548.473 a partir del 1° de octubre de 2000; luego la cuantía inicial finalmente fue reliquidada en \$3.706.651; solicitó la nueva reliquidación a través de varios derechos de petición y recursos de reposición y apelación, hasta

que finalmente mediante Resolución n.º VPB46670 del 1º de junio de 2015 le cambiaron el régimen legal aplicable al art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 por favorabilidad con el reconocimiento de nuevos valores, sin embargo, no le reconocieron los incrementos por personas a cargo, por ende, insistió en su reconocimiento, el cual fue negado mediante resoluciones n.º GNR26270, GNR 136880 y VPB26392 todas de 2016.

Afirmó que contrajo matrimonio con Esperanza Ortiz Barragán el 6 de diciembre de 1994 en la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, no obstante desde 1987 nunca se han separado, siempre han vivido bajo el mismo techo y lecho y de dicha unión se procreó a Aura Daniela Niño Ortiz en el año 1994; tanto su hija como su esposa, dependen económicamente de él pues no tienen ingresos propios, pensión, ayudas de terceros ni del Estado, ambas se encuentran afiliadas como sus beneficiarias en la EPS Compensar, aunque su hija solo tuvo tal calidad hasta agosto de 2018 cuando cumplió 25 años de edad, quien además terminó sus estudios de bachillerato el 1º de diciembre de 2012 en el Colegio San Patricio de Bogotá, mientras contaba con 18 años de edad (págs. 4-8 *idem*).

Reformó la demanda en cuanto a pruebas documentales (arch. 8).

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 1º de octubre de 2019, la demanda fue rechazada por falta de competencia por parte del Juzgado 10º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá DC (arch. 2 C01); posteriormente, el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, admitió la demanda inicial el 5 de diciembre de 2019 y la reforma el 12 de julio de 2021, ordenando su notificación y traslado a la demandada (archs. 4, 9 C01) quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso excepciones de mérito que denominó prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (archs. 6, 10, 11 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se opuso a las pretensiones dado que los incrementos pensionales fueron orgánicamente derogados en los términos dispuestos en la sentencia de la Corte Constitucional SU-140-2019 y solicitó dictar sentencia anticipada (arch. 12 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 2 de mayo de 2022, profirió sentencia en la que absolvió a la demandada y se abstuvo de imponer costas a las partes, tras considerar que los incrementos pensionales por personas a cargo fueron derogados a partir del 1º de abril de 1994, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia SU-140-2019 y el demandante causó su derecho pensional con posterioridad a dicha data (archs. 19, 20 *idem*).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

El demandante argumentó que debió haberse analizado que mediante el régimen de transición, le fue aplicado el Acuerdo 049 de 1990 por principio de favorabilidad, por ende, los incrementos por persona a cargo, son inherentes al derecho pensional que es un derecho adquirido y fueron consolidados antes de la promulgación de la Ley 100 de 1993; que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tales incrementos no fueron abolidos y se encuentran vigentes; por otra parte, solicita se declare la imprescriptibilidad de los mismos al tenor de lo dispuesto en sentencia T-022-2018.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02); sin embargo, guardaron silencio (arch. 5 C02).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y de conformidad con lo previsto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, conservan su vigencia en el nuevo sistema

pensional; en caso afirmativo, se analizara si se reúnen los presupuestos de la norma para disponer su pago.

Conforme pronunciamiento de la Corte Constitucional, efectuado en sentencia SU-140-2019, se realizó un exhaustivo y profundo análisis de la vigencia de incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, y concluyó la alta Corporación que, salvo que se trate de pensiones adquiridas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, *«...el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2005»*.

Igualmente, se aclaró que, la transformación sustancial que sufrió el sistema de pensiones hizo necesario el establecimiento de un régimen de transición, cuyo fin consistiera en la salvaguarda de la legítima expectativa de las personas que estaban cerca de adquirir el derecho principal de pensión, bajo las previsiones del sistema pensional anterior, pero que la misma no se hizo extensiva a derechos accesorios de dicha pensión, como es el caso de los incrementos pensionales, máxime si se tiene en cuenta que éstos no fueron dotados de naturaleza pensional, por expresa disposición del artículo 22 del Decreto 758 de 1990, el cual dispuso que éstos subsistían mientras perduraran las causas que les dieron origen; así como el hecho de que no tienen efecto ultractivo alguno.

Lo anterior, con fundamento en la regulación integral y exhaustiva que en materia pensional hizo la Ley 100, que significó la derogatoria orgánica de los incrementos pensionales establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, que se confirma con la consagración del régimen de transición, creado por el legislador para proteger las expectativas legítimas respecto del derecho a la pensión, que NO se extendió a derechos accesorios a la misma, como lo son los pretendidos incrementos.

Además, por cuanto tales incrementos tampoco resultan compatibles con el inc. 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, que *«guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo»*, y estableció la correspondencia que debía existir entre

los aportes del cotizante y el monto de la pensión a asignarle, sin que ello suceda en el RPM respecto de los incrementos pensionales, que en consecuencia, estarían tácitamente derogados por la reforma constitucional, si se aceptara su vigencia con posterioridad a la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, esta Sala acoge el precedente de la Corte Constitucional, por encontrarlo ajustado a criterios de razonabilidad y a los fines del Sistema de Seguridad Social, en particular, de las reformas gestadas desde 1993, con la expedición del Régimen General de Pensiones, entendiéndose en consecuencia, que los incrementos pensionales solo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1º de abril de 1994, en aplicación del Acuerdo que los consagra, por cuanto con la expedición de la pluricitada Ley 100 de 1993, éstos desaparecieron del ordenamiento jurídico en virtud de su derogatoria orgánica, sin que se pueda considerar que estos fueron protegidos por el régimen de transición previsto en el art. 36 *ibidem*, como quiera que éste se limitó a proteger las expectativas legítimas de quienes estaban cerca de adquirir su derecho pensional, conforme a los requisitos consagrados en el sistema pensional anterior.

En el caso bajo estudio, resulta improcedente la prestación reclamada, por cuanto el demandante, causó su derecho pensional con posterioridad al 1º de abril de 1994, esto es, en vigencia del Sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, tal como dan cuenta las resoluciones n.º 013059 de 2001, GNR 252386 de 2014, VPB 46670 de 2015, GNR 26270 de 2016 (págs. 35-39, 78-84, 86-95, 116-127 arch. 1 C01) mediante las cuales, el extinto ISS le reconoció la pensión de jubilación por aportes regulada en la Ley 71 de 1998 y posteriormente Colpensiones, le reliquidó la prestación al tenor de lo dispuesto en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, en condición de beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, causada en vigencia de tal normativa y efectiva a partir del 1º de octubre de 2000, sin que esta distinción signifique una vulneración al derecho a la igualdad o un trato discriminatorio, en la medida en que el criterio acogido por la Sala, es fruto de una valoración normativa, jurisprudencial, fáctica y probatoria, y no arbitraria, en ejercicio razonado y debidamente sustentado, de la autonomía e independencia que ostentan los jueces en sus decisiones.

Lo anterior ha sido avalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL2061-2021, en donde acogió la tesis

de la Corte Constitucional, relacionada con la derogatoria orgánica de los incrementos pensionales por personas a cargo, frente a lo cual es preciso señalar que la misma Corporación, ha establecido que tal aplicación jurisprudencial es razonable en los eventos en los que el derecho pensional se causó con posterioridad al 1.º de abril de 1994, entre otros en providencias CSJ STL8717-2020, CSJ STL6780-2020, CSJ STL8281-2021, CSJ SL2061-2021, CSJ STL308-2022, CSJ SL4334-2022 entre muchas otras más.

Bajo estos términos se **confirmará** la absolución. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá DC, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmOGrAIG2WpLqD8JwHZX-n8BtIR2EPPYlMaZM9DDPPUBg?e=yoXV2h](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmOGrAIG2WpLqD8JwHZX-n8BtIR2EPPYlMaZM9DDPPUBg?e=yoXV2h)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 086b0864a944525243bad7c1d6b76a69e6c9dbefb1fad92f946289ad24c27939

Documento generado en 17/03/2023 08:51:43 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN. 11001 31 05 **021 2016 00102 01**
DEMANDANTE: JOSÉ FRANCISCO BELLO CHACÓN
DEMANDADAS: TRANSPORTES RÁPIDO PENSILVANIA SA y LUIS
FERNANDO RIVERA SALAMANCA

Bogotá DC, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que entre él y los demandados existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de octubre de 2007 y el 24 de marzo de 2014, que fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador; en consecuencia solicita se condene a la demandada a la reliquidación y pago de auxilio de cesantías en cuantía de \$475.000 «*valor establecido de la base salarial mensual no incluye horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos*», intereses a las cesantías en \$38.000, primas de servicios en \$750.000, vacaciones en \$750.000, la indemnización del art. 64 del CST en \$7.500.000, la indemnización del art. 65 *ídem*, la sanción del art. 99 de la Ley 50 de 1990, la multa por no pago de la ARL y de la caja de compensación familiar, «*lo concerniente al dinero dejado de pagar por concepto de pensión*» a Colpensiones, 952 horas de trabajo suplementario en \$2.975.000, «*además de las prestaciones eventualmente reconocidas (...) lo adeudado con ocasión a las*

cesantías vigentes, no vencidas y no pagadas», más lo adeudado con ocasión a los aportes de pensión y salud desde el 28 de octubre de 2007, descontando el porcentaje que le corresponde como trabajador (f.º 256-258).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, afirma que laboró con la empresa demandada desde el 27 de octubre de 2007, con el fin de conducir los vehículos de servicio público afiliados a dicha empresa, en calidad de conductor de vehículo tipo microbús; devengó como último salario la suma de \$750.000, pagadero en forma personal y en dinero en efectivo; el horario establecido era de 5 am a 2 pm de domingo a domingo; el último vehículo conducido entre el 10 de agosto de 2013 y el 24 de marzo de 2014 fue el de placas SIK936 con número de orden 9324 perteneciente a Luis Hernando Rivera Salamanca, quien de forma verbal le informó que hasta el 24 de marzo de 2014 eran requeridos sus servicios, pese a que siempre ejecutó la labor encomendada de manera personal y atendiendo las instrucciones del empleador, en cumplimiento del horario asignado y sin que se hubiera presentado queja alguna o llamado de atención en su contra; ninguno de los dos demandados le pagó las acreencias laborales reclamadas; el 19 de noviembre de 2015 citó al propietario del mencionado vehículo ante la Inspección de Trabajo de Bogotá DC, sin embargo, la parte convocada negó la relación laboral y solo le ofreció \$1.300.000 para conciliar, los cuales no fueron aceptados (f.º 253-255).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación la demanda fue admitida el 5 de agosto de 2016, ordenándose su notificación y traslado a los demandados (f.º 278, 279), a quienes luego de declararse la nulidad del auto del 24 de febrero de 2017 que dispuso nuevamente su emplazamiento, se les designó nuevo curador *ad litem* y fueron emplazados debidamente (f.º 332, 333, 349, 351, 355, 356, 358, 362, 375, 380).

El nuevo auxiliar de la justicia que representa a los demandados, contestó en escritos separados: Respecto de Transportes Rápido Pensilvania SA se opuso a lo pretendido y propuso como excepciones de mérito las denominadas prescripción, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva (f.º 363-373); y frente a Luis Fernando Rivera Salamanca, se opuso a lo pretendido y propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, ausencia de causa para pedir y mala fe (f.º 383-388).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 28 de enero de 2022, declaró que entre el demandante y Transportes Rápido Pensilvania SA existió un contrato de trabajo vigente entre el 10 de agosto de 2013 y el 24 de marzo de 2014; en consecuencia, condenó a dicha compañía a pagar primas de servicio, vacaciones indexadas, cesantías, intereses a las cesantías y los aportes a seguridad social en pensiones, acreencias todas estas causadas en los años 2013 y 2014, junto con las sanciones establecidas en los arts. 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; declaró solidariamente responsable a Luis Hernando Rivera Salamanca, como propietario del vehículo de placas SIK-936 de las acreencias condenadas comprendidas entre el 12 de noviembre de 2013 y el 24 de marzo de 2014, y de las mencionadas sanciones; declaró no probadas las excepciones propuestas; impuso costas a cargo de los demandados a quienes absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, con la declaraciones de John Carlos Lucuara Jiménez y Juan Carlos Bello Méndez, tachado en forma extemporánea en las alegaciones de primera instancia, las hojas de operación aportadas y los contratos de trabajo que suscribió inicialmente el demandante con la compañía demandada, encontró acreditados los elementos constitutivos de un contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en los arts. 23 y 24 del CST, 15 de la Ley 15 de 1959, 36 de la Ley 336 de 1996 y 53 de la CN, de donde se desprende que la vinculación de los conductores del servicio público de transporte se debe entender efectuada a través de un contrato de trabajo de cualquier índole, pero en forma directa con las empresas operadoras de transporte respectivas, siendo solidariamente responsables del pago de las acreencias, los propietarios de los vehículos, en este caso el demandado Luis Rivera, de quien se acreditó dicha calidad respecto del mencionado vehículo automotor, del que a su vez, el demandante demostró haber sido su conductor operador entre los extremos temporales declarados, sin que la demandada haya desvirtuado tales medios probatorios; relató que si bien el actor pudo haber prestado servicios en otras épocas a la sociedad demandada dado que lo único que cambiada era el vehículo a conducir, lo cierto es que frente a estos períodos, la empresa se encontraba a paz y a salvo con él por concepto de acreencias laborales (f.º 417 vto-421).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

El curador *ad litem* en representación de la parte demandada argumentó que la presunción consagrada en las Leyes 336 de 1996 y 15 de 1959 no fue aplicada de manera adecuada por la *a quo*, porque no se tuvo en cuenta que el demandante manifestó en su interrogatorio de parte que el vínculo contractual se celebró con el propietario del vehículo de servicio público, más no con la empresa demandada, aunado a que, de su declaración se infiere que no estaba subordinado, cuando dijo que él se cobraba del producido su pago por la prestación del servicio y que él mismo hacía las deducciones por los gastos que demanda la operación del vehículo, por tanto no se encuentra en forma nítida la subordinación; consideró que dentro del proceso hay varias pruebas que logran desvirtuar la presunción de una relación laboral, tratándose de conductores de servicio público. Así que, de dicho estudio, depende la viabilidad de las condenas impuestas.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 8 de marzo de 2022 se admitió el recurso interpuesto; y, conforme a lo normado en el entonces vigente art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4 C02); sin embargo, las partes guardaron silencio (arch. 5 *idem*).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si se dieron los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad demandada, en los extremos temporales estrictamente fijados por la *a quo*, y si en primera instancia, se dio aplicación correcta a las presunciones establecidas legalmente en materia de contratación de conductores del servicio público de transporte.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el art. 23 del CST, modificado por el art. 1º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la

presunción legal prevista en el art. 24 *ibídem*, modificado por el art. 2º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Revisado el caudal probatorio se encuentra que el demandante pretendió demostrar la prestación de sus servicios como conductor entre el 10 de agosto de 2013 y el 24 de marzo de 2014, con las siguientes probanzas relevantes para la alzada:

Se anexó un carné del demandante con el logotipo de Transportes Rápido Pensilvania SA sin vigencia alguna (f.º 13); y 3 registros fotográficos del demandante con una camisa azul que tiene bordado el logo de la compañía en colores amarillo y verde, sin fecha de la cual se desprenda cuándo se tomaron tales fotografías (f.º 23).

Del certificado de existencia y representación legal de Transportes Rápido Pensilvania SA, se constata que tiene por objeto la explotación de la industria del transporte automotor, terrestre de pasajeros en todas sus modalidades *«lo cual hará por medio de vehículos automotores, bien sean de propiedad de la sociedad o que a ella se afilien. Todo de acuerdo con lo que al respecto disponga el Ministerio de Transporte, Secretaría de Tránsito o la entidad que en su defecto la ley les asigne tales funciones»*, contratar con personas que posean vehículos la vinculación de tales automotores mediante la celebración con sus propietarios del correspondiente contrato de vinculación o de administración, ejecutar la prestación, operación y mantenimiento de sistemas de servicios públicos de transporte de pasajeros terrestre automotor bajo el modo masivo, colectivo y con área de operación urbano, municipal, intermunicipal o nacional, incluida la operación troncal del sistema Transmilenio, entre otras actividades (f.º 16-21).

De f.º 24 a 223 se aportaron múltiples hojas de operación con formato de la empresa Transportes Rápido Pensilvania SA, de la ruta P83-C115 diligenciadas entre el 10 y el 16 de agosto, del 19 a 31 de agosto, del 2 al 14 de septiembre, del 16 de septiembre al 12 de octubre, del 14 al 18 de octubre, entre

el 20 de octubre y el 24 de diciembre, del 26 al 31 de diciembre de 2013, del 20 de enero al 11 de febrero, del 13 al 15 de febrero y del 17 de febrero al 24 de marzo de 2014, por distintos despachadores en letra manuscrita, pero todos a nombre del demandante como operador del vehículo de placas SIK936 con número de orden 9324, de las que se verifica que en cada una se llevaba dentro de las fechas mencionadas, un registro de control diario de lunes a domingo de los documentos del vehículo, las horas de salida, llegada y destino de cada trayecto del vehículo entre Centro Andino – Timiza con regreso, y en algunas ocasiones el control del cambio de repuestos e insumos, o del tiempo en el que el vehículo estuvo en el taller, o de las novedades por varadas, valores de parqueo, pinchadas de llantas o del factor calidad, con sellos de control de ruta con las iniciales de la empresa demandada: «T.R.P. Control 80».

A f.º 10 obra un estado de cuenta con código de referencia n.º 130284-1 y número de orden 009324 expedido por Transportes Rápido Pensilvania SA, dirigido a Luis Hernando Rivera Salamanca como propietario código R270 para el vehículo de placas SIK936 en el período enero de 2014, en donde se le está cobrando \$1.173.250 por concepto de cuota de sostenimiento, prestaciones sociales, ayuda mutua, fondo de reposición y seguros.

A f.º 12 obra un documento suscrito el 10 de febrero de 2014 por el demandante y Luis Hernando Rivera Salamanca, en donde se dejó constancia que por mutuo acuerdo acordaron que el pago de la seguridad social integral (pensiones, salud y riesgos laborales) sería asumida por Hernando Rivera en su totalidad a partir de la fecha de afiliación del demandante, sin incluir prestaciones sociales, hasta que finalice la vida útil del vehículo de placas SIK936, a excepción de que el demandante se desvincule de su trabajo.

Se aportó el SOAT vigente entre el 20 de diciembre de 2013 y el 19 de diciembre de 2014 del bus de servicio público Chevrolet –NKR, modelo 2003 de placas SIK936 (f.º 11), de donde se desprende que Luis Hernando Rivera Salamanca reporta como tomador del seguro.

Según el certificado de tradición n.º CT50014463, se constata que a 1º de diciembre de 2015 el demandado Luis Hernando Rivera Salamanca registraba para la época y desde el 12 de noviembre de 2013 como propietario del microbús de servicio público Chevrolet –NKR, modelo 2003, color negro – rojo (antes de color amarillo, gris plata y verde), de placas SIK936 con tarjeta de operación n.º.

1539361, afiliado desde el 11 de noviembre de 2015 con Trans. Fontibón SA, y desde el 30 de enero de 2003 con Trans. Rápido Pensilvania SA, vinculado en el SITP con el operador 900365740 Express. También se observa que entre el 4 de octubre de 2011 y el 11 de noviembre de 2013, el propietario registrado para dicho vehículo fue Carlos Julio León Osorio (f.º 14, 15).

En audiencia del 26 de octubre de 2018 (f.º 328, 329) se recepcionó la declaración de John Carlos Lucara Jiménez, conoce al demandante hace más o menos 18 años porque fueron compañeros de trabajo y conductores en la empresa demandada, pues ingresó después de que el demandante hubiera iniciado labores y trabajó en la compañía hasta julio de 2015, pero Francisco ya había dejado de trabajar, sin recordar las fechas en las que este prestó servicios, no obstante adujo que el demandante prestó servicios en la compañía demandada por muchos años; por tal motivo, tiene conocimiento de que Luis Rivera Salamanca era dueño de un vehículo microbús colectivo afiliado a la empresa con el que el demandante trabajaba en la ruta C115, sin embargo, ese carro lo condujo Francisco entre los años 2007 a 2014.

Relató que los despachos de viajes lo hacen los conductores luego de pasar por el supervisor de la empresa, quienes entregan las hojas de ruta o cartulina con la frecuencia u horario asignado por la empresa, en donde también se registraban algunas novedades e incluso si tocaba enviar el vehículo al taller; indicó que los llamados de atención por retardos o faltas en el trabajo los hacía la empresa a quien también se le informaba de algún eventual accidente de tránsito. Informó que Francisco, como todos los conductores, debían pagar una cuota diaria o producido que impusiera el propietario del vehículo y de ahí se saca lo del combustible y le daban el sueldo básico diario de domingo a domingo, excepto el día de pico y placa que va siendo rotativo, dado que es el día de descanso para todos los conductores, mientras que las prestaciones y la seguridad social se las pagaba la compañía demandada con el rodamiento que pagan los propietarios de los vehículos, según el recibo que expida la empresa.

Informó además, que dependiendo de las instrucciones del dueño del vehículo, el día de pico y placa o descanso, algunos conductores deben hacerle el mantenimiento al bus en determinado horario en el taller o a mandarlo lavar, lo que en ocasiones tuvo que realizar Francisco. Señaló que son los propietarios de los vehículos quienes manifiestan necesitar a alguien que conduzca su vehículo, por ende, hay conductores que se presentan en la empresa demandada

para dicho servicio y así resultan vinculados, dado que el propietario decide trabajar con determinado conductor y lo afilia a la empresa demandada luego de que se entrega la hoja de vida a la compañía, así que sin ese requisito, no es posible trabajar con el propietario del vehículo.

Tanto en la misma diligencia como en la del 28 de enero de 2022 (f.º 417 vto-421) declaró Juan Carlos Bello Méndez, hijo del demandante, pero también su compañero de trabajo en la empresa demandada, pues él trabajó allí como conductor entre los años 2005 hasta finales 2014 o principios de 2015, después de que su padre dejó de laborar, y quien prestó servicios por muchos años a la empresa; reafirmó todo lo dicho por el testigo anterior y agregó que su padre laboró en la compañía durante muchos años, pero así mismo cambiaba como conductor de distintos vehículos con nuevos propietarios en determinadas épocas, por cuanto si un conductor no está afiliado a la empresa no puede trabajar en determinado bus; en ese sentido, conoció al demandado Luís Rivera como el *empleador* de su padre desde agosto de 2013 hasta cuando el demandante finalizó labores en marzo de 2014, tiempo en el que aquel condujo el vehículo de propiedad del mencionado demandado que funcionaba siempre bajo la orden n.º 9324 de la empresa demandada; indicó que su padre debía cumplir los horarios establecidos por la empresa; que los conductores cuando cambian de vehículo e incluso de propietario, lo único que se hace en la empresa es hacer un cambio de vehículo en las hojas de ruta y allí aparece también el nombre del conductor que se encuentra asignado a determinado vehículo, las cuales son diligenciadas en su totalidad por los supervisores o inspectores de la empresa y que los conductores afiliados a la empresa demandada, solo manejan la Ruta C115 atinente a Centro Andino – Lago Timiza.

Las afirmaciones de los testigos resultan coherentes, transparentes y congruentes, pues al tenor de lo dispuesto en el art. 221 del CGP, manifestaron con amplio detalle los motivos por los cuales les consta lo relatado, sin incurrir en contradicción alguna; y contrario a lo sostenido por el apelante, la Sala encuentra sus manifestaciones como un desarrollo pormenorizado y complementario de las documentales reseñadas, pues indicaron de forma extensa el *modus operandi* de la empresa demandada a través de las órdenes de servicio asignadas a cada vehículo en particular, los cuales podían ser operados solo por conductores autorizados, quienes podían hacerlo única y exclusivamente a través de las hojas de operación o de ruta que fueron aportadas, diligenciadas exclusivamente por los supervisores de la compañía; y, confirmaron

cada una de las afirmaciones realizadas por el demandante en su declaración e interrogatorio de parte rendidos el 26 de octubre de 2018 y el 28 de enero de 2022 (f.º 328, 329, 417 vto-421).

Lo anterior, por cuanto el demandante manifestó en dichas diligencias, que todos los días entre el 10 de agosto de 2013 y el 24 de marzo de 2014 conducía el vehículo de propiedad de la persona natural demandada, el cual estaba afiliado a la empresa codemandada, la cual además, a través de la Jefatura de Personal, lo contrató desde el año 2007 hasta el 2014; sin embargo, dijo que la persona natural demandada lo llevó en su momento a la empresa codemandada para hacerle firmar un documento de vinculación formal con el fin conducir el vehículo colectivo de su propiedad y para que le expidieran el carné respectivo que lo autorizaba a conducir uno o varios vehículos y le entregaran el uniforme que la empresa requería en forma obligatoria para conducir el vehículo; no obstante, fue Luis Rivera, quien le preguntó verbalmente si quería seguir conduciendo el vehículo que 10 días antes era de propiedad de otra persona, esto es, el 1º de agosto de 2013 o finales del mes de julio de dicha anualidad, debido a que él ya había conducido el vehículo durante 1 o 2 años y seguía afiliado a Transportes Rápido Pensilvania SA, así que aceptó la designación pese a que no se hizo una formalización de su vinculación y solo se suscribió el documento atrás reseñado del 10 de febrero de 2014 (f.º 12), dado que de la empresa le siguieron haciendo normalmente las órdenes de despacho del mencionado vehículo a través del despachador directo de la compañía, quien le ponía los sellos de origen y destinos conforme las instrucciones de la empresa demandada.

Señaló que todos los días los inspectores de la empresa le efectuaban la supervisión o el control de despacho de una ruta a través de una orden de despacho o una cartulina o planilla con el nombre y cédula de cada conductor que estuviera oficialmente autorizado por la empresa para conducir los vehículos, en donde quedaban los registrados horarios y destinos que le habían fijado previamente al conductor y verificaba que el vehículo estuviera en perfecto estado en cuando a documentos y demás, por ende, debía cumplir con los horarios, rutas, frecuencias y todas las instrucciones y normas de la empresa demandada, sin que pudiera ser autónomo en sus funciones debido a que es un vehículo del servicio público el que estaba conduciendo, de modo que siempre debía hacerlo bajo el manejo operacional por parte de la empresa.

Afirmó que al final del día, siempre se le entregaba el vehículo completamente tanqueado de gasolina para trabajarlo al otro día, junto con el producido del día al propietario del vehículo y de allí se tomaba lo atinente al sueldo diario básico, no obstante, adujo que finalmente la persona natural demandada le pagaba mensualmente y en efectivo; sostuvo que en época anterior a agosto del año 2013, la empresa demandada le pagó todas sus acreencias laborales, es decir, antes de conducir el vehículo de la persona natural demandada, Transportes Rápido Pensilvania SA quedó a paz y salvo por todo concepto en cuanto a prestaciones y seguridad social, incluso desde el año 1995, dado que durante su vínculo con la empresa condujo bastantes vehículos de distintos dueños, sin embargo, al reclamarle las acreencias de este proceso, la compañía le dijo que debía dirigirse directamente al propietario del vehículo; que la persona natural demandada 2 días antes de terminar el vínculo le pidió las llaves del microbús sin avisarle nada, luego de un mantenimiento que se le hizo al bus y le sacaron combustible en el taller, así que pretendía que él como conductor asumiera el costo.

Admitió que en época anterior a la que el demandado Luis Hernando Rivera era propietario del vehículo de placas SIK936, se encontraba vinculado como conductor del mismo con la empresa demandada, pero por cuenta de Carlos Julio León Osorio, como da cuenta el contrato individual de trabajo para operadores a término indefinido suscrito con Transportes Rápido Pensilvania SA, entre el 7 de febrero de 2012 y el 1º de agosto de 2013 con número de orden 9324 que obra a f.º 8 y 9 del plenario, pues para esa data registraba como propietario del vehículo, tal y como se colige en el reseñado certificado de tradición nº CT50014463 (f.º 14, 15); sin embargo, sostuvo en el interrogatorio que todas las acreencias relacionadas con ese contrato, le fueron pagadas por la compañía demandada, mientras que respecto de las acreencias a las que tenía derecho por el tiempo que condujo ese vehículo mientras era de propiedad de Luis Rivera, no le fue cancelado nada, a pesar de que dicha persona siempre le pedía las autorizaciones a la compañía para que él pudiera seguir laborando como conductor. Sostuvo que sus días de descanso era los días en los que el vehículo tenía pico y placa y ese día no lo pagan porque no se hace servicio; y finalmente dijo que todos los gastos generados por el mantenimiento del vehículo son a cargo de los propietarios.

De manera que, con base en el material probatorio analizado, se establece que el demandante sí prestó sus servicios personales, al conducir el vehículo

microbús de servicio público de placas SIK936, justamente entre el 10 de agosto de 2013 y el 24 de marzo de 2014, que son las fechas que contienen las hojas de operación visibles de f.º 24 a 223.

Adicional a lo anterior, no se puede perder de vista que el art. 15 de la Ley 15 de 1959, establece que el contrato de trabajo verbal o escrito, de los choferes asalariados del servicio público, se entenderá celebrado directamente con las empresas operadoras de transporte, pero para efecto de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables; así mismo, el art. 36 de la Ley 336 de 1996 (Estatuto General del Transporte), dispone que los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte, independientemente de que estas sean o no propietarias de los mismos la cual para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del vehículo, lo que incluye por supuesto, todas las garantías laborales.

Así las cosas, para la Sala la conclusión a la que arribó el curador *ad litem* en su apelación es errónea, en la medida en que por expresa disposición legal, entre la empresa habilitada por ley como operadora de transporte y los conductores, debe entenderse celebrado un contrato de trabajo, de modo que la primera actúa como empleador con todas las obligaciones legales que le son impuestas al asumir tal calidad frente al conductor que lógicamente, bajo esta ficción, resulta ser trabajador de la empresa, sin importar a quien pertenezca el vehículo de transporte público que conduzca, por lo que no es viable alegar una relación distinta a la laboral; y como consecuencia de ello, son solidariamente responsables junto con las empresas operadoras de transporte, los propietarios de dichos automotores, sin que al demandante le corresponda acreditar el elemento subordinante de la relación, como parece entenderlo en forma errada el apelante.

Aquí se debe advertir que la vigilancia ejercida por los inspectores, supervisores o despachadores de la sociedad demandada, quienes según los testigos imponían las rutas, con relación a la prestación del servicio a cargo del demandante como conductor, se hace en cumplimiento de disposiciones legales consagradas en el art. 34 de la Ley 336 de 1996, que regulan el servicio público de transporte, en especial el de pasajeros, pero ello no tiene la entidad suficiente para desvirtuar la existencia de la relación laboral; por el contrario la reafirma,

al imponerle al trabajador la obligación de cumplir con los reglamentos que adopta la empresa, para el cumplimiento de sus obligaciones como operadora de un servicio público.

En consecuencia, considera la Sala que no hubo una indebida valoración probatoria, por cuanto el demandante corrió en forma acuciosa con la carga probatoria que se encontraba de su lado al tenor de lo dispuesto en los arts. 164 y 167 del CGP, para acreditar la prestación personal y continuada de sus servicios como conductor, sin que los demandados hubieran desvirtuado con pruebas contundentes la presunción que operó en virtud de lo dispuesto en los arts. 24 del CST y 15 de la Ley 15 de 1959, para demostrar que los servicios que prestó el demandante se ejecutaron con independencia jurídica con el fin de desligarse de las condenas por las acreencias laborales que allí se deriven; por tanto, de acuerdo con las normas aplicables, había lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad Transportes Rápido Pensilvania SA, en los extremos temporales reseñados por la *a quo* (10 de agosto de 2013 al 24 de marzo de 2014) por ser una empresa habilitada legalmente para la operación de este servicio público, y por supuesto era correcto, que respecto de las condenas respectivas, fuera declarado solidariamente responsable Luis Hernando Rivera Salamanca, solo por el tiempo que él registra como propietario del microbús de placas SIK936, según el reseñado certificado de tradición n° CT50014463, esto es, desde el 12 de noviembre de 2013 (f.º 14, 15) hasta el 24 de marzo de 2014, data en que finalizó el vínculo laboral entre el demandante y la compañía demandada, dado que como se vio, con anticipación a esta data, era otra persona ajena a este litigio, quien fungía como propietario del automotor conducido por el demandante.

Son estas las razones que llevan a **confirmar** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2022, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por las razones expuestas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eqp0rIUOQHlKluWTN8zskUkBTbXLsFImVzENWolrILFb3Q?e=RSROhw](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eqp0rIUOQHlKluWTN8zskUkBTbXLsFImVzENWolrILFb3Q?e=RSROhw)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e21f6ab4dbb7740f2aabf3218bbe3a3688273ab8abf44b7be92664182e7136b**

Documento generado en 17/03/2023 08:51:41 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **AUTO**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **015 2021 00351 01**
DEMANDANTE: LUIS ALBERTO MANTILLA RUIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIÓN Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS SA

Bogotá DC, quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Skandia Pensiones y Cesantías SA, contra el auto proferido el 4 de agosto de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, por medio del cual se negó el llamamiento en garantía.

I. ANTECEDENTES RELEVANTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y la nulidad del traslado realizado del RPMPD al RAIS ante Protección SA, así como el traslado horizontal efectuado ante la AFP Old Mutual SA, y por ende, que se encuentra válidamente afiliado y sin solución de continuidad a Colpensiones; en consecuencia, solicita se condene a Protección SA a trasladar los aportes realizados a Colpensiones, junto con los rendimientos financieros, bono pensional, sumas adicionales e intereses, así mismo, que se ordene a Colpensiones computar los tiempos cotizados en el RAIS dentro de su historia laboral, en forma completa y sin inconsistencias, respetando los IBC que reporte Protección SA (págs. 3, 4 arch. 1, C01).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación, la demanda se admitió mediante auto del 4 de febrero de 2022, ordenándose notificar y correr el respectivo traslado a las demandadas (arch. 14 *ídem*), quienes dieron contestación en forma oportuna oponiéndose a las pretensiones y formulando medios exceptivos en los términos visibles en los escritos obrantes en los archivos 24, 26 y 30 del cuaderno C01.

Adicional a lo anterior, Skandia Pensiones y Cesantías SA, llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre ambas entidades, cuyas vigencias datan del 2010 al 2011, con fundamento en que ese fondo de pensiones trasladó a dicha aseguradora los conceptos dinerarios o primas para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones, entre ellos el demandante, y por tanto, esa AFP ya no cuenta con dichos recursos, de ahí que aduce, que en caso de que sea condenada a devolver los aportes del demandante a Colpensiones, junto con los gastos de administración de los que trata el art. 20 de la Ley 100 de 1993, correspondería a la llamada en garantía el cumplimiento de esa obligación en lo que se refiere, particularmente, a la prima pagada por el seguro previsional (arch. 31 *ídem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (arch. 16).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en auto del 4 de agosto de 2022, negó el llamamiento en garantía, tras considerar que esta figura se usa para cubrir eventuales condenas, sin embargo, el demandante no solicitó dentro de sus pretensiones que particularmente Skandia Pensiones y Cesantías SA, efectúe la devolución a Colpensiones de los gastos de administración, de ahí que no exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y la llamada en garantía al tenor de lo dispuesto en el art. 64 del CGP (arch. 32 *ídem*).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Skandia Pensiones y Cesantías SA, apeló bajo el argumento de que el llamamiento en garantía cumple con los requisitos legales y se presentó en términos, de acuerdo con el art. 64 del CGP, pues le basta a la llamante manifestar que tiene un derecho contractual con el llamado para que se acceda a la solicitud, lo que se acredita en este caso con los contratos de seguros previsionales, dirigidos a la garantía de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, que constituyen la prueba de la relación contractual dicha AFP y Mapfre Colombia Vida Seguros SA. Agregó que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de procesos de ineficacia de la afiliación ha dispuesto que, en caso de conceder la ineficacia es pertinente que la AFP traslade, entre otros rubros, los montos correspondientes a las cuotas de seguros previsionales, las cuales por disposición legal deben ser deducidas del monto del aporte y trasladadas a una aseguradora previsional, como lo es Mapfre Colombia Vida Seguros SA, de acuerdo con lo señalado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que como se expuso al momento de hacer el llamamiento en garantía, si el Despacho profiere una condena en ese sentido, la misma, en lo que se refiere a la eventual devolución de la prima del seguro previsional debe ir dirigida en contra de Mapfre Colombia Vida Seguros SA, en vista del llamamiento en garantía y de la relación contractual existente entre el fondo de pensiones y esa aseguradora, en razón de la celebración del seguro previsional mencionado, cuya vigencia estuvo comprendida entre 2007 y 2018 [sic], y cuyas primas fueron oportunamente pagadas por la entidad, ya que a partir de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, se entendería que la AFP no se encontraba legitimada para celebrar el contrato de seguro específico con la sociedad llamada en garantía (arch. 34 C01).

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 16 de enero de 2023, se admitió el recurso de apelación interpuesto y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de la 2022, se dispuso correr el respectivo traslado para alegar (arch. 4 C02).

Colpensiones y Skandia Pensiones y Cesantías SA, presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en las contestaciones a la demanda, el llamamiento en garantía y en el recurso (archs. 5 -9 C02).

VI. CONSIDERACIONES

El num. 2º del art. 65 del CPTSS, modificado por el art. 29 de la Ley 712 de 2001, dispone la procedencia del recurso de apelación respecto del auto que rechace la intervención de terceros, de manera que, tiene esta Sala competencia para resolver el recurso interpuesto por Skandia Pensiones y Cesantías SA, teniendo en cuenta para ello lo previsto en el art. 66A *ídem*, correspondiéndole verificar si es viable admitir el llamamiento en garantía solicitado.

El art. 64 del CGP, dispone que:

«Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación». (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Así mismo, conforme lo prevé el art. 65 *ídem*, aplicable al procedimiento laboral por expresa remisión del art. 145 del CPTSS, «la demanda» por medio de la cual se llame en garantía debe cumplir las exigencias previstas en el art. 82 del CGP, el cual hace referencia a los requisitos de la demanda, que en materia laboral se encuentran previstos en el art. 25 del CPTSS.

De manera que, independientemente de la relación jurídica entre el llamante y el llamado, el Juez del Trabajo debe evaluar una eventual responsabilidad del llamado frente a las pretensiones incoadas (CSJ SL471-2013); se trata entonces, de una relación de carácter sustancial y se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula al llamante y al llamado, y permite traer a éste como tercero dentro del trámite procesal, para que haga parte, con el objeto de exigirle la indemnización de un perjuicio que llegare a sufrir el llamante, o el reembolso total o parcial del pago

que tuviere que hacer como producto de una eventual sentencia condenatoria, en contra de la parte principal que lo cita.

El objeto del llamamiento, es que el tercero garante (en este caso, Mapfre Colombia Vida Seguros SA), se vincule al proceso, con el fin de que haga uso del derecho de defensa frente a las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a reembolsar, y por ende, acude no solamente para auxiliar a la parte que lo llamó en garantía a través de este medio de defensa y en virtud del debido proceso (CC C-667-2009), sino justamente para defenderse de la obligación legal que se le podría imponer.

Con base en ello, y en el entendido de que la vinculación implica la extensión de los efectos de la sentencia judicial al tercero, que eventualmente le puede causar una posible afectación patrimonial a la parte que pide su comparecencia (CSJ SL, 11 ago. 1997 rad. 9809; CSJ SL, 11 mar. 2008 rad. 30821), el llamamiento en garantía es una forma de intervención de terceros, en virtud del cual el llamante puede solicitar respecto de quien considere que le asiste obligación, legal o contractual, de correr con las contingencias de la sentencia que se profiera en su contra, su citación, a fin de que se resuelva en la misma sentencia sobre dicha relación, constituyéndose esta figura en una clara manifestación del principio de economía procesal (CC C-484 de 2002), y un doble beneficio para la parte demandante, en tanto que acuden al proceso dos obligados a responder por el cumplimiento de la obligación en litigio, y se fija la atención del juez en la exigibilidad de la misma, al permitir que en el proceso se defina no sólo el derecho sustancial en discusión, esto es, el tema de debate propuesto entre el demandante, Skandia Pensiones y Cesantías SA, Protección SA y Colpensiones, sino también la relación jurídica que une a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, con quien la convocó al juicio como tercero, que garantice una causa común.

Pero lo anterior, no significa que el juez esté en obligación de decidir en esta etapa procesal la relación jurídica que se plantea, dado que el solo hecho de haber sido llamado como garante, no implica necesariamente una condena en su contra, sino que debe ser valorada esta cuestión de manera íntegra y con mucho detenimiento al proferir sentencia, conforme a los amparos reclamados, sujetos a las condiciones generales y particulares de cada acuerdo con observancia de las exclusiones establecidas en los mismos (CSJ STL5644-

2015), pues, por ahora sólo se requiere la comprobación de la relación jurídica contractual entre el llamante y el llamado para que sea admitida su intervención al interior del proceso.

En el presente caso, se constata tal aspecto con la póliza y su renovación expedidas por Mapfre Colombia Vida Seguros SA, en la modalidad de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia para los afiliados al fondo de pensiones obligatorias y al fondo alternativo de pensiones obligatorias administrado por Skandia Pensiones y Cesantías SA, como asegurados principales y beneficiarios (págs. 71, 72- arch. 30 C01); adicional a ello, conforme se colige de la afiliación n.º 514650, se constata que el 17 de diciembre de 2009 el demandante efectuó un traslado horizontal de Protección SA a Skandia Pensiones y Cesantías SA, fondo en el que estuvo afiliado hasta el 13 de junio de 2011, cuando regresó a Protección SA (págs. 63-68 arch. 3, págs. 35-39, 42-82 arch. 26 *idem*), es decir, que para la época en que el demandante estuvo afiliado a Skandia Pensiones y Cesantías SA, se encontraba vigente la póliza n.º 9201407000002, en la que se pactaron como coberturas, las sumas adicionales tanto para la pensión de sobrevivientes por muerte, como para la pensión de invalidez, ambas, por riesgo común, más el auxilio funerario, para la vigencia entre del 1º de enero de 2010, renovada hasta el al 31 de diciembre del año 2011.

Y si bien en la demanda expresamente se solicitó que se condene solo a Protección SA a trasladar los aportes realizados a Colpensiones, junto con los rendimientos financieros, bono pensional, sumas adicionales e intereses, como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y la nulidad del traslado realizado del RPMPD al RAIS ante Protección SA, así como el traslado horizontal efectuado ante la AFP Old Mutual SA, no es posible pasar por alto que conforme con la línea jurisprudencial que ha venido trazando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema que aquí se debate, entre muchas otras en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, CSJ SL1688-2019, CSJ SL5292-2021, CSJ SL1501-2022, le correspondería también al juez de instancia, establecer cuáles serían las consecuencias de eventualmente declarar la ineficacia del traslado y de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban con antelación, cuando existieron varios traslados horizontales como en este caso, teniendo en cuenta que la afiliación al sistema es de

naturaleza integral, solidaria y única, de ahí que subsiste de manera indisoluble.

Por ende, frente a esta situación el *a quo* también tendrá que establecer en su momento la responsabilidad económica de las diferentes administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad a las que se vinculó, frente a la devolución de los dineros que ingresaron al régimen de ahorro individual y hacen parte de los recursos acumulados en la cuenta de titularidad del afiliado para a la postre, entrar a financiar la eventual pensión de vejez en el RPMPD, tales como el reintegro de los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, primas de seguros previsionales, y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros, pues precisamente estos rubros son acogidos por cada fondo administrador y no son trasladados junto con los aportes a pensión y sus correspondientes rendimientos a los demás fondos a los cuales el afiliado haya decidido ejercer su movilidad, de manera que estos conceptos eventualmente deben ser girados a Colpensiones en forma indexada y con cargo al propio patrimonio de cada administradora del RAIS, acorde con el precedente trazado en asuntos de esta naturaleza (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021, CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5292-2021); lo que significa, que como consecuencia de que eventualmente se ordene reestablecer las cosas al mismo estado en que estaban y así proteger la sostenibilidad financiera del sistema, el llamamiento en garantía estaría sustentado en un traslado efectuado al RAIS por el demandante dentro del período contemplado en la citada póliza.

Entonces, en un evento como el que se ha analizado, es viable la figura procesal del llamamiento en garantía, porque el ente final titular y obligado a reconocer en su totalidad las sumas reclamadas, tiene a su arbitrio el camino procesal para el cobro de esas sumas de dinero que considera no pueda cubrir en forma directa, pudiendo repetir contra Mapfre Colombia Vida Seguros SA, la que pretende vincular, en virtud de su relación contractual, de ver afectados sus intereses.

Así las cosas, el hecho de que para un eventual traslado a la administradora del RMPD, del capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones, el porcentaje destinado a

seguros previsionales y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y demás sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, se deba hacer con cargo a las propias utilidades de Skandia Pensiones y Cesantías SA o de Protección SA, o si debe hacerse con cargo a la póliza anteriormente mencionada, como efecto de una eventual declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, es una situación que debe dilucidarse al momento de proferir el fallo que ponga fin a la presente litis, bajo la normativa y los criterios jurisprudenciales aplicables al caso en concreto.

Por lo anterior, se tiene por acreditada la relación jurídica para aceptar el llamamiento en garantía, y en consecuencia, se **revocará** el auto apelado. Sin lugar a imponer condena en costas en el recurso ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,**

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado proferido el 4 de agosto de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar ordenar al *a quo* que admita el llamamiento en garantía y prosiga con el trámite procesal pertinente, de acuerdo con lo considerado.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Enlace expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EriDfsbcYm5Aj9VH82FumwIB2p5dFDD7YHemdaYRAVUIHw?e=Z5Z8IK

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **970e03c049084dd51e7e8b04b3db85cfbe1cb9a2876d5b80c9f793aba68a2ab7**

Documento generado en 17/03/2023 08:51:39 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>